Das Anwendungsgebiet des § 616 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Albert Günther

aus Berlin.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1914.

Meinen hochverehrten Lehrern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547001_0047

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Allgemeines.

§ 1. Wesen der Vorschrift und ihre Entstehungsgeschichte . . . 1

B. I. Anwendungsgebiet.

§ 2. Geltungsbereich des § 616 BGB. 5

II. Die materiellen Voraussetzungen.

§ 3. Vertraglicher Ausschluß 10
§ 4. Bestehendes Dienstverhältnis 16
§ 5. Der in der Person des Verpflichteten liegende Grund . . 19
§ 6. Die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit 33
§ 7. Unverschuldete Verhinderung 41

C. Schlußbemerkung.

§ 8. Der Anspruch auf die Vergütung und die Anrechnung darauf 45

D. Anhang 48

Abkürzungen.

AG. z. BGB. = Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
EG. z. BGB. = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
GewO. = Gewerbeordnung.
GewG. = Gewerbegericht.
JW. = Juristische Wochenschrift.
RVO. = Reichsversicherungsordnung.
SozPrax. = Soziale Praxis.
VerwArch. = Verwaltungsarchiv.

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht.

Baugewerbliche Zeitung.

Baum, Handbuch für Gewerbegerichte. Berlin 1904.

Bernhöft u. Binder, Beiträge zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1902.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

v. Blume im Recht 1902.

Bonn, Die Fälle der Anrechnung im Dienstvertrage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Gewerbeordnung. Heidelberg 1905.

Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.

Burchardt, Rechtsverhältnisse des gewerblichen Arbeitsvertrages.

Buschs Zeitschrift.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1910.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.

Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1906.

Dernburg, Pandekten. Berlin 1903.

Deutsche Juristenzeitung.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht für das Deutsche Reich. Jena 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1902.

Fischer, Dr., Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung für das Königreich Sachsen.

v. Frankenberg, Stellung des deutschen Arbeiters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Gewerbegericht, Das, Monatsschrift, Berlin.

Günther, Tarifvertrag. München.

Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Mannheim 1898.

Hilse im Recht 1902.
Juristische Wochenschrift.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.
Köhne, Arbeitsordnungen.
Kommissionsberichte zu den Entwürfen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Koppen, Das Verhältnis des § 823 zu den §§ 616 u. 614 BGB. Diss. Freiburg 1903.
Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle 1904.
Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung. Berlin.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Leipzig 1903 u. 1908.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1910.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Nelken, Die deutschen Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze. Berlin 1901.
Neukamp im Verwaltungsarchiv Bd. 5.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1910.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1907.
Protokolle zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Reichsgerichtsräte, Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Nürnberg 1913.
Rönnberg in den Bernhöft u. Binderschen Beiträgen.
Rosin, Recht der Arbeiterversicherung.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Schlegelberger, Landarbeiterrecht. Berlin 1907.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1904.
v. Schulze-Schalhorn, Das Gewerbegericht zu Berlin 1903 u. 1913.
Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. Stuttgart 1903.
Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung. 1904.
Sohm in Kultur der Gegenwart.
Soziale Praxis, Zeitschrift.
Stadthagen, Das Arbeiterrecht. Stuttgart 1904.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München und Berlin 1912.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Unger, Entscheidungen der Gewerbegerichte.
Verwaltungsarchiv.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1906.

A. Allgemeines.

§ 1.

Wesen der Vorschrift und ihre Entstehungsgeschichte.

Der § 616 BGB.[1]) bestimmt:

„Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt."

Der im ersten Satz dieses Paragraphen ausgesprochene Rechtssatz bildet eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über gegenseitige Verträge. Aus dem gegenseitigen Vertrag entspringt nicht ein Recht schlechthin auf Leistung, sondern nur ein Recht auf Leistung gegen Gegenleistung. Diese Beschränkung des klägerischen Rechts wird im Prozeß zwar nicht von Amts wegen berücksichtigt, sie berechtigt aber den Beklagten, die ihm obliegende Leistung bis zur

[1]) In der nachfolgenden Abhandlung wird dieser Paragraph häufig kurz mit „§ 616" bezeichnet.

Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern (§ 320 BGB.), mit der Wirkung, daß er zur Leistung Zug um Zug verurteilt wird (§ 322 BGB.).

Ferner: wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung, und bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung verhältnismäßig (§ 323 BGB.). Diese Grundsätze sind ein Ausfluß des jus aequum. Es erscheint unbillig, demjenigen, der eine Leistung nur als Entgelt für eine Gegenleistung versprochen hat, zuzumuten, seinerseits zu leisten, ohne dafür die ihm geschuldete Gegenleistung zu erhalten.

Die Anwendung der genannten Vorschriften auf den Dienstvertrag würde dazu führen, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete im Falle unverschuldeter Verhinderung entweder nachleisten müßte (§ 320 BGB.) oder aber, wenn die Verhinderung eine teilweise Unmöglichkeit der Leistungen zur Folge hatte, des Anspruchs auf die Vergütung verhältnismäßig verlustig gehen würde. Indes würde die strenge Durchführung des Prinzips, das im allgemeinen der aequitas entspricht, in Einzelfällen wieder zu Härten führen. Die aequitas erheischt daher zu ihrer vollkommenen Durchführung Ausnahmen gegenüber bestimmten Personen oder bestimmten Klassen von Personen. Eine solche Ausnahme verordnet der § 616 BGB. Sie will den Arbeitnehmer als den wirtschaftlich schwächeren Teil schützen. Die Billigkeit der Klasse gegenüber erfordert eine Ausnahme vom Prinzip; die allgemeine aequitas deckt sich nicht mit der formalen Gerechtigkeit, daher schafft der Gesetzgeber Sonderbestimmungen zur Durchführung der sozialpolitischen Billigkeit. Die Motive be-

merken hierzu: „Die Abweichung von der in den allgemeinen Grundsätzen enthaltenen Bestimmung beruht auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität. Sie kommt insbesondere auch in angemessener Weise den Wehrpflichtigen zustatten, die vorübergehend und nur auf kurze Zeit zum Militärdienst eingezogen werden.[1])

Die Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs lehnt sich an Art. 60 des alten HGB. und den § 133c der geltenden Gewerbeordnung[2]) an.[3]) Die Regel wurde vielfach auch für das gemeine Recht unter entsprechender Anwendung der von der locatio conductio rei handelnden leg. 24 § 4 und 27 pr. D. 19, 2 angenommen. Der dem § 616 BGB. entsprechende § 562 des 1. Entw.[4]) wollte die Bestimmung nur gelten lassen bei einem dauernden, die Erwerbstätigkeit des Dienstpflichtigen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnisse. Die 2. Kommission hat diese Einschränkung gestrichen mit der Begründung, der Arbeitgeber müsse verhältnismäßig

[1]) s. Mot. Bd. 2 S. 463; Prot. Bd. 2 S. 280ff.; vgl. dagegen v. Blume, welcher die Ausnahme nicht auf soziale Gerechtigkeit, sondern auf die Billigkeit zurückführen will (Recht 1902 S. 6ff.).

[2]) GewO. in der Fassung der Bekanntm. v. 26. 7. 1900.

[3]) vgl. auch Art. 335 schweiz. ObligR.: Bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag hat der Dienstpflichtige, wenn er an der Leistung der Dienste durch Krankheit, schweizerischen obligatorischen Militärdienst oder ähnliche Gründe ohne sein Verschulden verhindert wird, gleichwohl für eine verhältnismäßig kurze Zeit Anspruch auf Lohnzahlung.

[4]) Derselbe lautet: „Bei einem dauernden, die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnisse wird derselbe des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung dadurch nicht verlustig, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden während einer nicht erheblichen Zeit an der Dienstleistung verhindert wird".

geringfügige Verhinderungen des Arbeiters als selbstverständlich hinnehmen. Die weitere Beschränkung auf Dienstverträge mit Zeitlohnform, die sich im 2. Entw. § 567 [1]) und in der Reichstagsvorlage, § 609, fand, ließ die Reichstagskommission fallen, und es hat dann das Plenum den § 616 in der Fassung beschlossen, wie er Gesetz geworden ist. Die Aufgabe der folgenden Darstellung ist es, nur das Anwendungsgebiet des § 616 BGB. zu bestimmen. Seine Begrenzung ergibt sich einmal aus dem Geltungsbereiche der Vorschrift, sodann aus den materiellen Voraussetzungen, von denen das Gesetz den Lohnanspruch des Dienstverpflichteten bei Verhinderung der Dienstleistung abhängig macht.

---

[1]) „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so wird der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist; er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung gleichkommt." Vgl. dagegen Lotmar in Brauns Archiv Bd. 8 S. 34.

B. I. Anwendungsgebiet.

§ 2.

Geltungsbereich des § 616 BGB.

Mannigfaltig sind die Dienstverhältnisse, welche das menschliche Zusammenleben und der menschliche Verkehr entwickelt haben. Im Haushalt, im Gewerbe, im Handel, in der Landwirtschaft, in den Verhältnissen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts gibt es Personen, welche Arbeit nehmen, und solche, die Arbeit geben. Es fragt sich, ob auf alle diese Arbeitsverhältnisse die Vorschrift des § 616 BGB. Anwendung findet. Von der Beantwortung dieser Frage hängt hauptsächlich die Bedeutung der Bestimmung ab.

Unanwendbar ist der § 616 auf die Dienstverhältnisse der Beamten öffentlicher Körperschaften. Ihre Lohn- und Gehaltsbezüge bestimmen sich ausschließlich nach besonderen, dafür geltenden Normen, welche dem öffentlichen Recht angehören.[1]) Auszuscheiden aus dem Geltungsbereich des § 616 BGB. sind auch diejenigen Arbeitsverträge, die dem Landesrecht vorbehalten sind.[2]) Dazu gehören insbesondere die Dienstverhältnisse des Gesindes, da nach Art. 95 EG. z. BGB. die landesrechtlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche dem Gesinderecht angehören. Für Preußen

---

[1]) vgl. Kohler, Lehrb. Bd. 2 § 130 S. 343; Decker S. 15 Anm. 4; Staudinger Anm. 1d zu § 616.

[2]) v. Blume im Recht 1902 S. 138.

hat aber Art. 14 § 1 AG. z. BGB. v. 20. 9. 1899 in Gemäßheit des Art. 218 EG. z. BGB. die Vorschrift des § 616 BGB. auf das Gesindeverhältnis für anwendbar erklärt.

Neben dem Bürgerlichen Gesetzbuche enthalten andere Reichsgesetze Vorschriften über Arbeitsverträge; so sind namentlich die Rechtsverhältnisse der im Gewerbe beschäftigten Personen (Fabrikarbeiter, Gewerbegehilfen) in der Gewerbeordnung und die der Handlungsgehilfen in dem Handelsgesetzbuch geregelt. Es herrscht nun Streit darüber, ob der § 616 BGB. auf diese Personen Anwendung finden könne. Diese Frage ist indes zu bejahen, soweit nicht der Sondertatbestand des § 133c Abs. 2 GewO. oder der des § 63 HGB. vorliegt. Die gegenteilige Ansicht[1]) beruht auf einer falschen Auffassung des Verhältnisses zwischen dem Bürgerlichen Gesetzbuch einerseits und der Gewerbeordnung und dem Handelsgesetzbuch andererseits und verkennt ferner die Bedeutung des Art. 36 EG. z. BGB., welcher das Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Gewerbeordnung regelt. Hilse erscheint der Grundsatz im § 616 BGB. deshalb auf gewerbliche Arbeiter nicht anwendbar, weil nach Art. 32 EG. z. BGB. die Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft bleiben und nur so weit außer Kraft treten, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder dem Einführungsgesetz die Aufhebung ergibt, und in Art. 36 EG. z. BGB., welcher das Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Gewerbeordnung regelt, eine dahinzielende Bezugnahme fehlt. Er meint nun, daraus, daß einerseits Art. 36 EG. z. BGB. nicht ausdrücklich die Aufhebung des § 133c GewO. bestimme, andererseits aber

---

[1]) Hilse im Recht 1902 S. 69 f.; KGBl. 1900 Nr. 8 u. 9; BaugewZ. 32. Jahrg. S. 1287 u. 1521.

die Novelle zur Gewerbeordnung, die nach der Veröffentlichung des 1. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs herausgekommen ist, im § 133 c ausdrücklich den Lohnanspruch bei nicht vorgeleisteter Arbeit nur den gewerblichen Arbeitern höherer Ordnung gewähre, folge für die gewerblichen Arbeiter niederer Ordnung aus dem Schweigen des Gesetzes (argumentum e contrario), daß der Gesetzgeber den Anspruch auf Zahlung der Vergütung bei unverschuldeter Arbeitshinderung ausgeschlossen wissen wollte. Das gleiche Verhältnis nimmt Hilse auch für das Bürgerliche Gesetzbuch und für das Handelsgesetzbuch an, und er gelangt zu dem Schluß, daß die durch § 616 BGB. getroffenen Kreise der Dienstverpflichteten weder in den gewerblichen Arbeitern noch in dem kaufmännischen Hilfspersonal zu suchen seien, sich vielmehr auf diejenigen ihre Arbeitskraft verdingenden Personen beschränkten, auf welche weder die Gewerbeordnung noch das Handelsgesetzbuch Anwendung finden, das sind die häuslichen und landwirtschaftlichen Bediensteten, sowie die im Bürodienste beschäftigten Personen. Wäre diese Ansicht richtig, so wäre der Geltungsbereich des § 616 BGB. ein sehr beschränkter, insbesondere würde der daselbst gewährte Anspruch der größten Gruppe der Dienstverpflichteten, den gewerblichen Arbeitern, entzogen sein.

Hilses Ansicht ist aber nicht zutreffend. Ihr gegenüber ist hervorzuheben, daß die Bestimmungen der Gewerbeordnung und des Handelsgesetzbuchs eine sonderrechtliche Ausnahme gegenüber der Ordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthalten, und daß daher diese Gesetze nur insoweit zur Anwendung kommen, als ein daselbst geregelter Tatbestand vorliegt. Im übrigen bleiben über diese Ausnahmebestimmungen hinaus die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unberührt. Somit kommen für

die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter und der Handlungsgehilfen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Dienstvertrag zur Anwendung und es greift, insoweit ein Tatbestand nicht den § 133 c GewO. oder den § 63 HGB., wohl aber den § 616 BGB. deckt, diese Bestimmung ein. Mit Recht bemerkt v. Blume,[1]) daß das Bürgerliche Gesetzbuch auf der Grundlage der §§ 242, 243 eine geschlossene Regelung der Arbeitsverträge gibt, während die Gewerbeordnung und das Handelsgesetzbuch lediglich Einzelbestimmungen für Sondertatbestände bringen. Maßgebend für das Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den anderen Reichsgesetzen ist Art. 32 EG. z. BGB., dessen Sinn der ist, daß das Bürgerliche Gesetzbuch mit den älteren Reichsgesetzen eine einheitliche Ordnung des Privatrechts bildet, und zwar so, daß bei einem Widerstreit das ältere Gesetz als Ausnahme gilt, insoweit sich nicht aus dem Inhalt des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder dem Einführungsgesetz des letzteren die Aufhebung ergibt.[2]) Die Gewerbeordnung enthält nun für die Arbeiter niederer Ordnung keine dem § 616 BGB. widersprechende Bestimmung, nur eine ausdrückliche Norm könnte seine Anwendbarkeit ausschließen, bloßes Schweigen des Gesetzes reicht dagegen nicht aus. Die Gegenansicht verwechselt das bloße Fehlen einer Vergünstigung mit dem Verbot derselben.[3]) Sodann spricht auch § 616 Abs. 2 BGB., nach welchem die auf Grund einer gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung bezogenen Beträge anzurechnen sind, dafür, daß von ihm die gewerblichen Arbeiter betroffen werden, denn für diese ist eine gesetz-

[1]) Recht 1902 S. 138.

[2]) v. Blume a. a. O.; Crome Bd. 1 S. 112; Endemann 8. Aufl. § 17 Anm. 5.

[3]) v. Schulze-Schalhorn S. 158 Anm. 8.

liche Versicherungspflicht zunächst eingeführt worden, sie bilden auch das Hauptkontingent unter den Versicherten.

Was nun die die Lohnbezüge der Arbeiter höherer Ordnung und der Handlungsgehilfen für den Fall der Arbeitsverhinderung regelnden §§ 133 c GewO. und 63 HGB. betrifft, so decken sie sich in ihren Tatbeständen nicht mit der Norm des § 616 BGB. Sie beziehen sich gerade auf die Fälle längerer, anhaltender Verhinderung, treffen mithin die Verhinderungsfälle von unerheblicher Dauer nur mittelbar. Daher muß auch der § 616 für die genannten Personen Anwendung finden, und zwar insoweit, als nicht die Sondertatbestände des § 133 c GewO. und des § 63 HGB. vorliegen.

Auf diesem Standpunkte steht auch allgemein die Rechtsprechung, insbesondere die Praxis der Gewerbegerichte[1]) und der Kaufmannsgerichte[2]) und überwiegend die Literatur.[3]) Aus den Kreisen der Arbeitgeber sind zwar Versuche unternommen worden, den Geltungsbereich des § 616 einzuschränken. So beschloß der Innungsverband deutscher Baugewerksmeister auf seiner Tagung in München am 16. 9. 1901 auf Grund des § 104 e GewO. eine Vorstellung an die Reichsregierung, die darauf abzielte, klar zum Ausdruck zu bringen, daß der § 616 BGB. auf die gewerblichen Arbeiter niederer Ordnung, deren Rechtsverhältnisse im Titel VII Ziff. II der Gewerbeordnung

[1]) GewG. Stuttgart v. 21. 2. 1901 im GewG. Bd. 7 S. 32.

[2]) KGBl. 1904 S. 31.

[3]) v. Blume im Recht 1902 S. 138 ff.; Cosack, HR. § 19; Bonn S. 16, 17; Decker S. 15; Planck Bem. 4 zu § 616; Staudinger Bem. 1 C zu § 616; Komm. d. RGRäte Anm. 1 zu § 616; Staub § 63 HGB. Zusatz 1; v. Schulze-Schalhorn S. 158 Anm. 8; Landmann, GewO. Anm. 8 zu § 133 c; Schalhorn, GewG. Bd. 4 S. 77 ff.; v. Frankenberg, GewG. Bd. 4 S. 101; vgl. ferner Nelken in DJZ. 1903 S. 211.

geregelt werden, überhaupt nicht Anwendung findet.[1] Diese Versuche sind aber bisher ohne Ergebnis geblieben.

Hinsichtlich des Verhältnisses des § 616 BGB. zu § 135 GewUVG.,[2] § 146 LwUVG.[3] und § 45 Abs. 2 BauUVG.[4] kommt Weber in DJZ. Bd. 7 S. 199 zu dem Schlusse, daß der § 616 BGB. bei Betriebsunfällen durch die genannten Bestimmungen außer Geltung gesetzt sei, weil diese als leges speciales dem § 616 BGB. vorzugehen hätten. Diese Anschauung dürfte kaum zu billigen sein, da die erwähnten Vorschriften nur die Ansprüche auf Ersatz des Schadens gegen den Betriebsunternehmer beschränken, der Anspruch aus dem § 616 BGB. jedoch ein vertraglicher Erfüllungsanspruch auf den Lohn ist.[5] Die Praxis hat, soweit ich sehe, noch keine Stellung zu der Frage genommen, und die Kommentare zum § 616 BGB. äußern darüber keine eigene Ansicht. Planck (Bem. 4 zu § 616 BGB.) verweist lediglich auf Weber, Staudinger unter Ie zu § 616 auch auf Decker.

II. Die materiellen Voraussetzungen.

§ 3.

Vertraglicher Ausschluß.

Es herrscht Streit darüber, ob die Anwendung des § 616 BGB. durch vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden könne oder nicht, ob also die Vorschrift zwingender

---

[1] vgl. Hilse im Recht 1902 S. 69.
[2] Jetzt § 898 RVO.
[3] Jetzt § 1042 Abs. 1 RVO.
[4] Jetzt § 898 RVO.
[5] vgl. Decker S. 15 Anm. 4.

oder nachgiebiger Natur sei. Viele Gesetze regeln die ihnen unterstehenden Verhältnisse nicht zwingend, lassen vielmehr abweichende Ordnung durch die Beteiligten zu. Derart sind regelmäßig die Normen des Privatrechts. Weil es sich hier vornehmlich um Individualinteressen handelt, ist es der Sache entsprechend, wenn der Parteiwillkür ein weiterer Spielraum gelassen wird. Das gilt auch für die Billigkeitsnormen des Privatrechts. Wie sie den Ausgleich ihrer individuellen Interessen suchen, das geht in erster Linie die Parteien selbst an; daher haben sie auch selbst zu bestimmen, was sie im Einzelfalle für billig halten.[1]) Anders verhält es sich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Dieses regelt die Rechtsverhältnisse der Gesamtheit und des Individuums zur Gesamtheit. Nicht das Einzelinteresse, sondern das Gesamtinteresse ist in den Vordergrund gerückt. Daher sind die Vorschriften des öffentlichen Rechts regelmäßig der Privatdisposition entzogen. Weil nun, wie die Motive bemerken, der § 616 BGB. seine Entstehung sozialpolitischen Rücksichten und Gründen der Humanität verdankt, ist die Ansicht aufgestellt worden, die Vorschrift sei wegen ihres sozialpolitischen Zweckes zwingender Natur.[2]) Vereinzelt hat auch die Praxis der Gewerbegerichte diesen Standpunkt vertreten.[3])

Diese Auffassung dürfte indes nicht dem Gesetze entsprechen. Es ist nicht richtig, daß Normen der sozialen

---

[1]) v. Blume im Recht 1902 S. 6ff.

[2]) Nelken in DJZ. 1903 S. 211; Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht S. 84 N. 41, S. 90 N. 66; Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung S. 29, 46; Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag S. 58; Vollmer in FischersZ. Bd. 23 S. 25/26; vgl. auch Fuld in SozPrax. Bd. 9 S. 790; Koehne, Arbeitsordnungen S. 196.

[3]) vgl. v. Schulze u. Schalhorn, GewG. Berlin S. 196.

Gerechtigkeit notwendig zwingend sein müssen.[1]) Auch das öffentliche Recht kennt nichtzwingende Normen.[2]) Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehören dagegen dem Privatrecht an, auch wenn bei ihrer Festsetzung Rücksichten des Gemeinwohls mitbestimmend gewesen sind. Die Parteien können daher davon abweichend ihre Rechtsverhältnisse regeln, sofern sich nicht aus dem Inhalt des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein anderes ergibt. Für das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nirgends zu entnehmen, daß die Regeln, die auf sozialpolitischer Billigkeit beruhen, zwingender Natur seien. Auch sie sind daher dispositiv, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist.[3])

Die Berücksichtigung der sozialpolitischen Billigkeit ist nicht einmal zu einer Regel des Bürgerlichen Gesetzbuchs geworden, wie dies bezüglich der allgemeinen aequitas im § 242 BGB. geschehen ist. Wenn nun das Gesetz ihr ausnahmsweise Rücksicht zuteil werden läßt, so kann dies wohl in nachgiebiger Weise geschehen sein,[4]) da es ja dem Gesetzgeber freistand, diese Rücksicht vollständig außer acht zu lassen. Da nun das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Regel nach dispositiv ist, so hat dies auch für die auf sozialpolitischer Billigkeit beruhenden Normen zu gelten, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist. Für den § 616 fehlt es an einer solchen Bestimmung. Erwägt man dies und ferner, daß die gleichfalls sozialpolitische Zwecke verfolgenden §§ 617 und

---

[1]) v. Blume im Recht 1902 S. 6 ff.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 32.

[3]) vgl. Sohm, System der Rechtswissenschaft, in Kultur der Gegenwart Bd. 2, 8 S. 38.

[4]) Der in den Motiven erwähnte Zweck der sozialpolitischen Rücksichten ist zu unbestimmt, um für die Auslegung des Gesetzes selbst verwertbar zu sein (vgl. Lotmar Bd. 2 S. 233 Anm. 1).

618 im § 619 BGB. ausdrücklich für zwingend erklärt worden sind, so rechtfertigt das den Schluß, daß der Gesetzgeber im § 616 nur eine nachgiebige Regel aufstellen wollte. Daher sind abweichende Vereinbarungen zulässig, sofern darin nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt (§ 138 BGB.).[1] Es kann nun Lotmar[2] darin nicht zugestimmt werden, daß eine vom § 616 BGB. abweichende Abrede stets einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte. Er folgert diesen Verstoß daraus, daß der § 616 auf Gründen der Humanität beruhe, und meint, wenn die Humanität vom Arbeitgeber fordere, daß er dem schuldlos kurze Zeit persönlich verhinderten Arbeiter das Entgelt zukommen lasse, so müsse die Ausbedingung des Gegenteils eine inhumane Unterlassung, ein gegen die guten Sitten gehendes Rechtsgeschäft und dann nichtig sein. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Wenn die Motive sagen, die Bestimmung beruhe auf Gründen der Humanität, so heißt das nur, daß das Gesetz den Arbeiter, obwohl ihm der Lohn nach der Regel nicht zukomme, in humaner Weise günstiger stellen wolle, nicht aber ist damit gesagt, daß die Humanität gerade von dem Arbeiter fordere, es diesem zur sittlichen Pflicht mache, die Sorge für den Arbeitnehmer, der keine Arbeit leisten kann, auf sich zu nehmen. Auch sind die Postulate der Humanität nicht identisch mit den guten Sitten im Rechtssinne. Humanität ist edel. Nicht immer ist es aber dem Menschen möglich, im wirtschaftlichen Kampfe der Edle zu sein. Jeder muß in erster Linie selber suchen, wo er bleibe; überdies trifft es nicht immer zu, daß der Arbeitgeber im Verhältnis zum Arbeitnehmer der wirtschaftlich Stärkere ist.[3]

---

[1] Oertmann 5 zu § 616.

[2] Lotmar Bd. 2 S. 233.

[3] vgl. Hilse im Recht 1902 S. 69.

Es kann daher auch aus den Gründen Lotmars die zwingende Natur des § 616 BGB. nicht gefolgert werden. Vielmehr ist mit der in der Literatur[1]) und in der Praxis[2]) der Gerichte herrschenden Meinung anzunehmen, daß der § 616 abweichende vertragliche Regelung zuläßt. Dagegen ist auch vom gesetzgeberischen Standpunkte aus nicht einzuwenden, sofern nicht der Versuch gemacht wird, durch Arbeitsverträge und Arbeitsordnungen den § 616 völlig aufzuheben und dem wirtschaftlich schwachen Arbeiter den Arbeitslohn im Falle unverschuldeter Verhinderung gänzlich zu entziehen. Weil die Auslegung des Gesetzes und seine Anwendung auf den einzelnen Fall Schwierigkeiten bereitet, wird es sogar häufig angemessen sein, in den Dienstverträgen besondere Abreden über die Folgen zeitweiliger Verhinderung der Arbeiter und Angestellten zu treffen. Dadurch werden bei eingetretenen Arbeitshinderungen Streitigkeiten vermieden, von denen ungewiß ist, ob sie bei gerichtlichem Austrag werden zugunsten des Arbeitnehmers oder zugunsten des Arbeitgebers entschieden werden. Eine solche angemessene

---

[1]) Staudinger V, Planck 1, Oertmann 5, Komm. d. RGRäte zu § 616; v. Frankenberg, Stellung des deutschen Arbeiters S. 20; SozPrax. Bd. 10 S. 297—301; Schalhorn daselbst Bd. 11 S. 796 und GewG. Berlin S. 158; Sigel, Gewerblicher Arbeitsvertrag S. 63 N. 27; Titze, Unmöglichkeit S. 296; Rönnberg in Bernhöft u. Binder Bd. 3 S. 172/73; v. Blume im Recht 1902 S. 6ff.; Decker S. 18; Bonn S. 28f.; Koppen S. 5; Endemann Bd. 1 § 174 N. 28; Windscheid-Kipp Bd. 2 § 401 I, 2b; Crome Bd. 2 § 259 N. 27; Cosack, HR. § 19 III, 1e; Staub 8 zu § 63 und Stammler, Richtiges Recht S. 361; Düringer-Hachenburg § 63 V; GewG. 1900 S. 226; Günther, Tarifvertrag (München) S. 116.

[2]) GewG. Bd. 5 S. 218 (Hamburg), Bd. 6 S. 196 (Erfurt), Bd. 12 S. 204 Nr. 77; SozPrax. Bd. 8 S. 1316; vgl. auch GewG. Berlin Anm. 1 zu Nr. 35 S. 196.

und gerechte Regelung liegt daher oft im beiderseitigen Interesse, nicht lediglich im Interesse des Arbeitgebers.[1]) Leider sind aber häufig gerade die wirtschaftlich stärksten und zahlungsfähigsten Arbeitgeber bestrebt, von der gesetzlich zugelassenen Freiheit auf Kosten des Arbeitnehmers Gebrauch zu machen und den § 616 einseitig zu ihren Gunsten außer Kraft zu setzen. Wenn Siehr[2]) den Arbeitern, die auf ihre Interessen bedacht sind, den Rat erteilt, die Unterschreibung solcher Arbeitsordnungen zu verweigern, so wird das den Arbeitern in derartigen Fällen meist nichts nützen, vielmehr für sie nur die üble Folge haben, daß sie Arbeit überhaupt nicht erhalten oder bereits begonnene verlieren.

Auch zahlreiche Verwaltungen sowohl des Reichs als auch der Bundesstaaten und der Kommunalverbände haben in ihren Dienst- und Arbeitsordnungen besondere Bestimmungen für den Fall unverschuldeter Verhinderung von Arbeitern erlassen.[3]) Wenn auch teilweise die Anwendung des § 616 BGB. vollständig ausgeschlossen und es in das Belieben der Verwaltungen gestellt wird, die Vergütungen im Einzelfalle fortzugewähren, so wird doch im allgemeinen eine dem Arbeitnehmer günstige Regelung getroffen.[4])

---

[1]) vgl. GewG. Bd. 5 S. 226; Siehr in DJZ. 1904 S. 1133/34.

[2]) Siehr a. a. O.

[3]) Verfasser hat durch Anfrage bei einer Reihe von Arbeitgebern statistisches Material gesammelt, das in vielen Fällen den vertraglichen Ausschluß des § 616 BGB. ergeben hat. Andererseits haben größere Geschäftshäuser (Tietz, Wertheim zu Berlin) es nach ihren Auskünften bei der gesetzlichen Regel belassen.

[4]) Einige derartige besondere Regelungen sind im Anhange wiedergegeben.

§ 4.

Bestehendes Dienstverhältnis.

Der § 616 BGB. setzt ein bestehendes, rechtsgültiges Dienstverhältnis voraus. Denn die Vorschrift gewährt dem Arbeitnehmer den Lohnanspruch nur für die nach dem Dienstvertrage geschuldete und während der Vertragszeit verhinderte Arbeit. Daher findet sie keine Anwendung, wenn bei Eingehung des Dienstvertrages die Verhinderung bereits bestand und eine anfängliche Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hatte (§ 306 BGB.),[1]) oder wenn der Vertrag sein Ende gefunden hat, sei es, daß der Endtermin gekommen oder vom Arbeitgeber zulässigerweise unbefristet oder befristet gekündigt worden oder eine nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist. Für die Zeit der Verhinderung nach Abbruch des Dienstverhältnisses steht dem Arbeiter kein Anspruch auf die Vergütung zu. Das gilt auch für die Fälle, in denen ein Arbeiter auf Grund der Verhinderung wegen Arbeitsunfähigkeit gemäß § 123 Abs. 1 Ziff. 8 GewO. entlassen wird, selbst wenn diese nur eine vorübergehende war. Dagegen spricht Nelken (DJZ. 1903 S. 211) dem Arbeitnehmer den im § 616 BGB. bestimmten Anspruch zu, gleichgültig, ob er trotz der Verhinderung im Arbeitsverhältnisse bleibt oder wegen derselben entlassen wird.[2]) Allein zu den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, von denen in dem von Nelken angezogenen § 123 Abs. 3 GewO. die Rede ist, gehört der § 616 BGB. nicht. Sie beziehen sich nicht auf den Nachteil, welcher dem Arbeiter

---

[1]) Lotmar Bd. 2 S. 200 Anm. 4.

[2]) Ebenso Neukamp im VerwArch. Bd. 5 S. 230.

während des Dienstverhältnisses aus der Verhinderung der Arbeit, sondern auf den Nachteil, welcher dem Entlassenen aus der Entlassung entsteht. Letzteren Schaden betrifft § 616 BGB. nicht. Die Anwendung des § 616 setzt vielmehr, wie bereits hervorgehoben, voraus, daß das Dienstverhältnis besteht. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 616: „Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht verlustig". Ein zur Dienstleistung Verpflichteter ist nach Auflösung des Vertrags nicht vorhanden und es kann von einer Verhinderung zur Dienstleistung keine Rede mehr sein.

Ferner sei auf § 617 Abs. 1 BGB. hingewiesen. Auf die im § 617 Abs. 1 bestimmte Verpflichtung des Dienstberechtigten ist die Beendigung des Dienstverhältnisses, die dieser wegen der Erkrankung des Dienstverpflichteten durch Kündigung gemäß § 626 BGB. herbeigeführt hat, ohne Einfluß. Das läßt erkennen, daß ohne die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung dem Arbeiter nach der durch die Kündigung herbeigeführten Lösung des Dienstverhältnisses der im § 617 Abs. 1 BGB. normierte Anspruch nicht mehr zustehen würde. Eine entsprechende Bestimmung fehlt im § 616. Mit der Beendigung des Dienstverhältnisses fällt daher jeder Anspruch auf die Vergütung fort.[1])

Der § 616 bezieht sich nur auf Dienstverträge, dagegen nicht auf den Werkvertrag.[2]) Er findet aber auf

---

[1]) Übereinstimmend Sigel S. 186; Decker S. 16; Lotmar Bd. 2 S. 200; Staudinger 1c zu § 616; Titze S. 293; GewG. Stuttgart in GewG. Bd. 9 S. 282; dagegen and. M. GewG. Berlin; s. v. Schulz u. Schalhorn S. 142 Nr. 81.

[2]) vgl. GewG. Schöneberg in GewG. Bd. 8 S. 186—188; Decker S. 16; dagegen nach Rümelin S. 173 ff. auch auf Werkvertrag; vgl. auch Dernburg Bd. 2, 2 § 304 S. 439.

alle Dienstverträge Anwendung, gleichgültig ob Zeitlohn oder Stücklohn vereinbart ist, da das Gesetz nicht unterscheidet.[1])

Oertmann (Anm. 6 zu § 616) ist zwar anderer Ansicht. Er meint, auf den Akkordlohn sei § 616 nicht ohne weiteres anwendbar, doch sei dies anders, soweit vereinbart oder als vereinbart zu unterstellen sei, daß der Arbeiter als Mindestlohn den ortsüblichen Tagelohn erhalten solle; ihn werde er dann für die Verhinderungszeit verlangen können, aber keineswegs einen Lohn vom Umfange des ausgefallenen durchschnittlich gemachten Arbeitsverdienstes. Dies dürfte indes nicht richtig sein, wie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt. Die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs hatte die von ihr beschlossene Fassung des damaligen § 562: „Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen usw." damit begründet, daß, soweit die Vergütung als Stücklohn bestimmt sei, der Dienstverpflichtete auch die Gefahr verhältnismäßig geringfügiger Verhinderung tragen müsse. Die Reichstagskommission entschied sich aber mit großer Mehrheit für die weitere Fassung mit der Begründung, es solle dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß die Bestimmung auch dann zur Anwendung komme, wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten, sondern in der Form des Stücklohnes bemessen sei.[2]) Dem Kommissionsbeschluß trat das Plenum bei. Hieraus geht hervor, daß es auf die Art der Berechnung des Lohnes nicht ankommt, und daß der verhinderte Arbeiter auch bei Stücklohn den Anspruch behält, selbst wenn dabei ein Mindestzeitlohn nicht

[1]) vgl. Planck 2a zu § 616.
[2]) Kommissionsbericht S. 47.

zugesichert ist.[1]) Auch enthält das Gesetz keine Beschränkung auf solche Akkorde, bei denen die Arbeitszeit festgesetzt ist oder vom Arbeitgeber bestimmt ist. Wenn nun das Gesetz sagt, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete seines Anspruchs auf die Vergütung nicht verlustig geht, so kann darunter nur die Vergütung verstanden werden, die der Arbeiter ohne die Verhinderung verdient haben würde. Diese muß daher bei Akkordlohn durch Schätzung unter Zugrundelegung des durchschnittlichen Akkordarbeitsverdienstes für eine gleiche Zeit, wie die der Verhinderung, ermittelt werden.[2])

§ 5.

Der in der Person des Dienstverpflichteten liegende Grund.

Die Anwendung des § 616 BGB. setzt voraus, daß der die Dienstleistung hindernde Grund in der Person des Dienstverpflichteten liegt. Diese Hervorhebung weist gegensätzlich auf andere außerhalb der Person in objektiver Sphäre liegende Hinderungsgründe hin, welche möglicherweise die Anwendung des § 616 nicht rechtfertigen. Es gilt daher die allgemeinen Merkmale persönlicher Verhinderung im Sinne des § 616 zu bestimmen. Unzweifel-

[1]) Übereinstimmend GewG. Hamburg in GewG. Bd. 5 S. 217—220; Lotmar Bd. 2 S. 642; Sigel S. 66; Stadthagen S. 160; Baumbach, Handb. N. 418; Köhne im ArchBürgR. Bd. 29 S. 52 f.; SozPrax. Bd. 9 S. 791, Bd. 12 S. 507.

[2]) Lotmar Bd. 2 S. 643 f.; Sigel S. 66 Anm. 44; Köhn a. a. O. S. 69 Anm. 83; Rönnberg in Bernhöft Bd. 3 S. 194; vgl. auch die gewerbegerichtlichen Entscheidungen in Schulze u. Schalhorn, GewG. Berlin 1903 Nr. 28 S. 190 und Nr. 29 S. 191/92, die sich zwar auf § 615 BGB. beziehen, in ihrer Begründung aber auch auf § 616 zutreffen.

haft ist, daß der § 616 dann zutrifft, wenn das Hindernis in einer persönlichen Eigenschaft des Arbeitnehmers begründet ist. Ein in der Person desselben liegender Hinderungsgrund ist daher besonders dann gegeben, wenn die körperliche Beschaffenheit den Verpflichteten zur Arbeitsleistung unfähig macht. Daß hierher vorzüglich Krankheiten und Unfallverletzungen gehören, ergibt sich aus dem Abs. 2 des § 616 unmittelbar.[1]) Eine Verhinderung durch Krankheit ist auch dann anzunehmen, wenn der Dienstverpflichtete sich behufs Verhütung einer Verschlimmerung der Krankheit, die sich zu einer die Dienstleistung verhindernden zu entwickeln droht, des Dienstes enthalten muß.[2]) Den Krankheiten gleichzustellen sind andere körperliche Zustände, welche nicht zu den Krankheiten gerechnet werden, die aber gleichwohl zur Arbeit unfähig machen, wie Schwangerschaft, Wochenbett, Störungen des Bewußtseins, Angst und Schrecken.[3])

Ein in der Person liegender Grund ist aber nicht immer ein solcher, der aus einer persönlichen Eigenschaft, sondern oftmals auch ein solcher, der aus einem persönlichen Verhältnis des Verpflichteten entspringt, z. B. einem Familienverhältnis oder staatsbürgerlichen Verhältnis, wie Militärverhältnis, Schöffen- und Geschworenendienst, Ausübung der Zeugnispflicht. Mit Unrecht vertritt Schäfer[4]) die engere Auffassung; diese verträgt sich nicht

[1]) vgl. auch §§ 72 Abs. 3, 667 u. § 516 HGB.; § 9 BinnenSchG.; § 133 c Ziff. 4 GewO. v. 15. 6. 1895.

[2]) vgl. GewG. in SozPrax. Bd. 14 S. 1070; Stier-Somlo, Deutsche Sozialgesetzgebung 1906 S. 281 N. 52.

[3]) vgl. Stier-Somlo S. 263; Rosin, Recht der Arbeiterversicherung Bd. 1 S. 294/95; Lotmar Bd. 2 S. 172; Zimmermann, Zur sozialen Lage der Eisenbahner in Preußen, in Schriften des Vereins f. Sozialpolitik Bd. 99 S. 234 Abs. 3.

[4]) GewG. Bd. 2 Nr. 6.

mit dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Der Ausdruck „ein in der Person liegender Grund" kommt noch in anderen Gesetzesstellen vor. So spricht der § 372 BGB. von Fällen, in denen der Schuldner wegen Annahmeverzuges oder aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde seine Leistungspflicht nicht erfüllen kann. Ferner wird nach § 552 BGB. der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird.[1]) In der letzterwähnten Bestimmung kann der „in der Person liegende" Grund nicht lediglich auf persönliche Eigenschaften des Mieters bezogen werden. Der Mieter muß vielmehr den Mietzins zahlen, auch wenn er infolge sonstiger persönlicher Verhältnisse, z. B. Einberufung zum Militärdienst, Abwesenheit wegen Familienverhältnisse, die Wohnung nicht benutzen kann. Der in der Person des Mieters liegende Grund bedeutet also einen *auf seiten* des Mieters liegenden Grund. Ebenso ist im § 616 BGB. der weitere Sinn als unterlegt anzunehmen und der in der Person liegende Grund einem auf seiten des Dienstverpflichteten liegenden Grunde gleichzustellen.[2])

Man ist sogar noch weiter gegangen und will den § 616 GGB. auch dann anwenden, wenn die Dienstthinderung eintritt zufolge eines *außerhalb* der Person des Dienstpflichtigen liegenden Grundes, hat also das Erfordernis des *in* der Person liegenden Grundes gänzlich gestrichen. Für die Annahme eines derart erweiterten

---

[1]) vgl. ferner § 549 Abs. 1 Satz 2 und § 1886 BGB.; Lotmar Bd. 2 Anm. 2 S. 167; v. Blume im Recht 1902 S. 6ff.

[2]) v. Blume im Recht 1902 S. 7.

Anwendungsgebiets des § 616 haben die Vertreter dieser Ansicht verschiedene Gründe ins Feld geführt. Einige haben geltend gemacht, daß es aus der sozialpolitischen Tendenz der Bestimmung folge,[1]) andere, daß es dem Billigkeitszwecke entspreche, welcher dem § 616 zugrunde liege.[2]) Andere wiederum wollen im Wege der Analogie die Anwendung des § 616 auf Fälle der bloß objektiven Verhinderung der Dienstpflichtigen per argumentum a majore ad minus erstrecken. So meint Dernburg[3]): „Wenn die Vergütung in Fällen einer in der Person des Dienstpflichtigen liegenden zeitweiligen Verhinderung fortgeschuldet wird, so ist sie um so sicherer geschuldet, wenn die zeitweilige Hinderung durch ein Ereignis außerhalb seiner Person eintrat. Dies ist ein Schluß, welcher sich aus dem Inhalte des Gesetzes bei dessen verständiger Würdigung ergibt. Daß man ihn bei Beratung des Gesetzes nicht zog, kann dagegen nichts verschlagen". Anderer Meinung ist Planck (Anm. 1 zu § 616 BGB.).[4])

Aus der Entstehungsgeschichte des § 616 läßt sich wenig für seine Auslegung herleiten. In den gesetzgeberischen Verhandlungen hat man unterlassen, eine bestimmte Entscheidung nach der einen oder anderen Richtung hin zu treffen. In der 2. Kommission wurde bei den Beratungen des Entwurfs der Antrag gestellt, in dem § 562 (jetzt § 616) statt der Worte „durch einen in seiner Person liegenden Grund" zu setzen: „außer dem im § 561 (jetzt

---

[1]) vgl. Decker S. 14.

[2]) vgl. v. Blume a. a. O.

[3]) Bd. 2 § 305 III; ebenso Endemann § 174 Anm. 28, 1 S. 1093; Matthiaß Bd. 1 § 132 S. 585; Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse S. 95; Decker S. 14; Krahmer § 14 S. 132.

[4]) vgl. ferner Koppen, Das Verhältnis des § 823 zu den §§ 616, 614 BGB., Freiburger Diss. 1903, S. 10; Titze, Unmöglichkeit S. 295.

§ 615) bezeichneten Falle". Dieser Antrag bezweckte also, das Anwendungsgebiet des § 616 zu erweitern und die Fälle bloß objektiver Verhinderung in dasselbe einzubeziehen; er wurde mit dem von Dernburg übernommenen Gesichtspunkte begründet. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt, ohne daß damit die Frage in einem bestimmten Sinne entschieden wurde. Denn die die Ablehnung beschließende Mehrheit der Kommission stimmte in ihren Gründen nicht überein. Ein Teil lehnte ab, weil er an dem allgemeinen Grundsatz, daß in solchen Fällen der Dienstverpflichtete die Gefahr trage, festhalten wollte. Ein anderer Teil dagegen lehnte ab, weil er den Zusatz für überflüssig hielt, da in den in Frage stehenden Fällen regelmäßig Annahmeverzug des Dienstberechtigten vorliege und daher der Verpflichtete schon nach § 615 BGB. den Anspruch auf die Vergütung behalte.[1]) So viel ist jedenfalls aus den Beratungen zu entnehmen, daß die Mehrheit der Kommission der Ansicht war, die rein objektiven Hinderungsgründe würden vom § 616 BGB. nicht umfaßt. Das läßt sich auch gegenüber dem Wortlaut der Bestimmungen nicht anders annehmen. Denn indem das Gesetz das Anwendungsgebiet des § 616 auf die in der Person des Dienstpflichtigen liegenden Hinderungsgründe beschränkte, schließt es davon die außerhalb der Person, in einer objektiven Sphäre, liegenden Gründe aus. Dessen ist sich auch Dernburg bewußt gewesen, indem er den § 616 nur entsprechend anwenden will.

Mit Recht bemerkt aber demgegenüber Titze,[2]) daß der § 616 BGB. als Ausnahmebestimmung einer analogen Ausdehnung nicht fähig sei. Für die Auslegung des

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 2147—2154.

[2]) Unmöglichkeit S 295.

§ 616 selbst aber kommt ein argumentum a fortiori gegenüber dem klar ausgesprochenen Willen des Gesetzes de lege lata nicht in Betracht. Ein solches argumentum ist auch keineswegs anzuerkennen. Die außerhalb der Person liegenden Hinderungsgründe (wie Landestrauer, Krieg, Fabrikbrand), welche die Arbeitsleistung unmöglich machen, entziehen dem Dienstverpflichteten häufig nicht die Möglichkeit anderweiter Verwertung seiner Arbeitskraft, wie dies bei den auf die Person einwirkenden Hinderungsgründen (bei Krankheit, Militärdienst, Teilnahme an Begräbnissen, Wahlen usw.) regelmäßig der Fall sein wird. Daher läßt sich auch der sozialpolitische Zweck des § 616 für die Ausdehnung nicht verwerten. Vielmehr kann ich nur Oertmann beistimmen, welcher sagt: „Ist § 616 ein Ergebnis sozialer Fürsorge für die schaffenden Stände, deren ökonomische Existenz möglichst von persönlichen Zufällen unabhängig gemacht werden soll, so verträgt, ja erfordert dieser Gedanke die entsprechende Einschränkung des Geltungsgebiets".

Auch die Billigkeit erfordert nicht eine Erweiterung.[1]) Wenn der § 616 auf der Erwägung beruht, daß der Arbeitgeber eine vorübergehende Behinderung des Arbeiters als selbstverständlich hinnehmen müsse, und daß es deshalb gerechtfertigt sei, ihm einen Lohnabzug zu versagen, so gilt das nur für die persönlichen Hinderungsgründe. Andere Unmöglichkeitsgründe (Brand, Explosion usw.) kann der Dienstherr regelmäßig nicht voraussehen und braucht sie nicht in Rechnung zu stellen.[2]) Es ist daher nicht richtig, zu sagen, es sei solches vertragsmäßig gewollt.[3]) Zu beachten ist indes, daß häufig die

[1]) Dies nimmt v. Blume an (Recht 1902 S. 7).
[2]) Planck Bem. 5 zu § 616 BGB.
[3]) v. Blume a. a. O.

in objektiver Sphäre entstandenen Gründe auf die Person des Dienstpflichtigen zurückwirken und so ihn persönlich an der Arbeitsleistung hindern, während im übrigen die Arbeit möglich bleibt; z. B., der Arbeiter kann wegen Absperrungen, Schneeverwehungen, Überschwemmung, Zugentgleisung nicht oder nicht rechtzeitig an die Arbeitsstelle gelangen. Derartige objektive Ereignisse werden dadurch zu Gründen, die in der Person des Dienstpflichtigen liegen.[1])

Ich komme somit zu folgendem Ergebnis: In der Person des Dienstverpflichteten liegt der Grund der Hinderung, wenn er bedingt ist

1. durch eine persönliche Eigenschaft desselben,
2. durch ein persönliches Verhältnis,
3. durch ein objektives Ereignis, das auf die Person rückwirkt.

Gemeinsam ist den drei Gruppen, daß die Arbeitsleistung als solche tatsächlich und rechtlich möglich bleibt. Sie unterscheiden sich aber dadurch, daß bei Gruppe 1 der Arbeiter infolge eines körperlichen Zustandes unfähig zur Arbeit wird, bei Gruppe 3 er zwar die Fähigkeit zur Arbeitsleistung behält, aber durch äußere Umstände an der Arbeit behindert wird, während bei Gruppe 2 er weder zur Arbeit unfähig ist, noch infolge äußerer Umstände sie zu leisten nicht imstande ist, er vielmehr wegen persönlicher Verhältnisse freiwillig von der Arbeit absieht und durch eignes Tun es sich unmöglich macht, die Arbeit zu leisten.

Diese Gruppe bedarf noch einer besonderen Beleuchtung.

---

[1]) Diesen vermittelnden Standpunkt nehmen ein: Sigel S. 56; Oertmann 1b zu §616; Staudinger III 1b zu §616; Schlegelberger S. 98.

Nicht die Wahrnehmung eines jeden, noch so großen und anzuerkennenden Interesses des Dienstpflichtigen stellt einen persönlichen Hinderungsgrund im Sinne des § 616 BGB. dar. Vielmehr muß es sich um die Erfüllung einer Pflicht handeln, die vom Recht oder von der Sitte und dem Herkommen vorgeschrieben wird. Als eine Rechtspflicht, deren Erfüllung einen in der Person des Dienstverpflichteten liegenden Hinderungsgrund darstellt, heben die Motive den Militärdienst hervor. Dahin gehört die Gestellung zum Militärdienst, die Teilnahme an Übungen[1]) und Kontrollversammlungen. Dem Militärdienst gleichzustellen sind andere Staatsbürgerpflichten, wie Schöffen-, Geschworenen- und sonstiger Gerichtsdienst beim Gewerbegericht, Einigungsamt, Innungsschiedsgericht,[2]) das Amt eines Vormunds, die Pflicht, als Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht zu erscheinen, die Pflicht, als Partei gerichtliche, steueramtliche oder polizeiliche Termine wahrzunehmen, die Teilnahme als Arbeitervertreter an Organen der Arbeiterversicherung[3]) oder an der Beschließung berufsgenossenschaftlicher Unfallverhütungsvorschriften[4]) oder an einer tarifvertraglichen Schlichtungskommission,[5]) Gemeindewahl, Feuerlöschpflicht,[6]) standesamtliche Anzeigepflicht. Auch die Ausübung des öffentlichen Wahlrechts[7]) gehört hierher, weil dies zugleich eine sittlich-politische[8]) Pflicht ist.

---

[1]) GewG. Bd. 6 S. 215—218, vgl. auch Bd. 5 S. 217.
[2]) SozPrax. Bd. 15 S. 487; GewG. Bd. 10 S. 47/48, Bd. 11 S. 130.
[3]) vgl. §§ 36—40, 68—71, 83—91 RVO.
[4]) vgl. Lotmar Bd. 2 S. 175 Anm. 8.
[5]) vgl. v. Schulz, GewG. Bd. 10 S. 337—346.
[6]) Jastrow in SozPrax. Bd. 12 S. 434—436.
[7]) SozPrax. Bd. 12 S. 1162, vgl. auch Bd. 16 S. 123.
[8]) Oertmann 1c zu § 616.

Außer den im öffentlichen Recht begründeten Pflichten können andere Rücksichten, die die Sitte und das Herkommen gebieten, den Dienstpflichtigen zum Fortbleiben von der Arbeit nötigen; es handelt sich hier hauptsächlich um Pflichten, welche gegen Angehörige, Freunde, Kameraden, Mitmenschen zu erfüllen sind, z. B. um Teilnahme an Begräbnissen, an Hochzeiten und anderen Familienfestlichkeiten, Hilfeleistung bei Unglücksfällen. Immer aber muß der Fall so gelagert sein, daß das die Arbeitsleistung hindernde eigene Tun des Dienstpflichtigen diesem vom Arbeitgeber nach Treu und Glauben nicht verwehrt werden kann.[1]) Die Frage ist im Einzelfall „aus dem Wertverhältnis der Arbeitspflicht und des bei ihrer Erfüllung gefährdeten anderen Interesses zu entscheiden".[2])

In Zweifel ist gezogen, ob der § 616 BGB. Anwendung findet, wenn nach Kündigung des Dienstverhältnisses der Dienstverpflichtete die Arbeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstes unterbrechen muß. Nach § 629 BGB. hat nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren. Daraus, daß das Gesetz in diesem Falle die sinngemäße Anwendung des § 616 Abs. 1 nicht bestimmt habe, folgert nun das Gewerbegericht Hamm (GewG. Bd. 7 S. 239 ff.), daß das Gesetz die Anwendung nicht gewollt habe.[3])

---

[1]) vgl. Oertmann ebenda und Staudinger III, 1: „Vorkommnisse in der Familie, Todesfälle usw., wenn sie dazu angetan sind, die Person des Dienstpflichtigen selbst in Gestalt einer Verhinderung am Dienst bei billiger Rücksichtnahme auf die Verhältnisse in Mitleidenschaft zu ziehen".

[2]) vgl. Lotmar Bd. 2 S. 176.

[3]) Ebenso Baum, Handb. S. 404 Nr. 432 b.

Dies erscheint jedoch als nicht richtig. Die Vorschrift des § 629 BGB. fehlt im Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In der 1. Lesung der Reichstagskommission wurde ein dahinzielender Antrag gegen zwei Stimmen abgelehnt, da sich diese Verpflichtung nach dem Grundsatz der Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte von selbst ergebe.[1]) In der 2. Lesung wurde jedoch der wiederholte Antrag angenommen. Bestimmend war für die Mehrheit, daß bei einer im gewöhnlichen Leben so häufig praktisch werdenden Frage eine ausdrückliche Regelung wünschenswert erscheine. Hieraus erhellt, daß der § 629 in keinem Zusammenhang mit dem § 616 BGB. steht. Es ist daher auch unerheblich, daß der § 629 auf den § 616 nicht Bezug nimmt.[2]) Die Frage, ob in einem solchen Falle dem Arbeiter die Vergütung zusteht, ist lediglich und selbständig aus dem § 616 heraus zu entscheiden. Sie dürfte zu bejahen sein. Ist das Dienstverhältnis gekündigt, gleichviel von welcher Seite und aus welchem Grunde, so ist es eine von Sitte und Herkommen gebotene Pflicht des Arbeiters gegen sich selbst, gegen seine Angehörigen, ja gegen die Allgemeinheit, daß er sich nach anderer Arbeit umsieht, damit er nicht der Arbeitslosigkeit verfällt. Es behält daher der Arbeiter, welcher aus diesem Grunde genötigt wird, die Arbeit zu unterbrechen, z. B. um sich einem Arbeitgeber vorzustellen und mit ihm Rücksprache zu nehmen, die er nur zu dieser Zeit nehmen kann, den Anspruch auf die Vergütung gemäß § 616 BGB.,[3]) gleichviel ob ihm sein Dienstherr auf Verlangen und

---

[1]) Bericht S. 50.

[2]) Lotmar Bd. 2 S. 336 Anm. 3.

[3]) Übereinstimmend GewG. Solingen Bd. 7 S. 142/43.

gehörige Anzeige eine angemessene Zeit gewährt hat oder nicht.[1])

Wir haben gesehen, daß es sich bei dieser Gruppe von Verhinderungsgründen stets um Fälle handelt, in denen von der allgemein anerkannten Ordnung Handlungen von dem Arbeiter verlangt werden, die mit der von ihm geschuldeten Arbeit kollidieren. Diese Kollision muß aber in concreto eine wirkliche sein, damit sie für den Arbeiter eine Unmöglichkeit zur Leistung begründet und so ein in der Person liegender Hinderungsgrund im Sinne des § 616 geschaffen wird. Es liegt daher kein Hinderungsgrund vor, wenn der Dienstpflichtige die Handlung, z. B. die Wahl, außerhalb der Arbeitszeit vornehmen kann.[2])

Zu Gruppe 3 ist noch folgendes hervorzuheben. Wirken die außerhalb der Persönlichkeitssphäre des Dienstpflichtigen liegenden Umstände nicht lediglich auf die Person desselben zurück, so daß sie ihn nicht nur persönlich an der Arbeit hindern, sondern die Arbeitsleistung überhaupt unmöglich machen, so findet der § 616 BGB. keine Anwendung. Der Arbeiter verliert vielmehr, wenn beide Teile kein Verschulden trifft, nach allgemeinen Grundsätzen mangels eigener Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323 BGB.). Auf diesem Standpunkte steht auch die Praxis der Gewerbegerichte, welche wiederholt entschieden haben, daß der Arbeiter, dem durch Naturereignisse, z. B. Frost, Regenwetter, Schnee,[3]) die Arbeit unmöglich gemacht wird, keinen Anspruch auf Lohn hat.[4]) Es ist daher in

[1]) Lotmar Bd. 2 S. 336d; Sigel S. 59 N. 7, 179 und Urteile der Gewerbegerichte daselbst in Anm. 21; Vollmar in Fischers Z. Bd. 23 S. 32; Jastrow in SozPrax. Bd. 12 S. 53/54; Kohler, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 S. 341, 2; Bonn a. a. O.

[2]) Lotmar Bd. 2 S. 176/77.

[3]) Unger, Entsch. Nr. 23.

[4]) vgl. v. Schulze u. Schalhorn S. 194 Nr. 32.

jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob das Ereignis eine bloße persönliche Hinderung des Arbeiters oder Unmöglichkeit der Leistung begründet. So wird z. B. in dem von Marwitz (Bühnenengagementsvertrag S. 75) erwähnten Falle, daß die Schauspielerwandertruppe im Schnee stecken bleibt und daher keine Vorstellung geben kann, durch das Naturereignis die schauspielerische Arbeit in dem zur Vorstellung bestimmten, geschlossenen Raume als solche nicht unmöglich gemacht, vielmehr wird der zur Aufführung verpflichtete Schauspieler durch einen in seiner Person liegenden Grund verhindert, rechtzeitig am Leistungsort zu erscheinen und die geschuldete schauspielerische Tätigkeit auszuüben.[1]) Wird dagegen infolge eines Wolkenbruchs, wie es 1902 in Berlin geschah, die Baugrube überschwemmt, so wird die Arbeit in der Baugrube als solche unmöglich[2]) und dadurch nicht bloß ein Hinderungsgrund in der Person des für diese Baugrube angenommenen Arbeiters geschaffen.[3]) Ebenso liegt Unmöglichkeit vor, wenn durch Gesetz oder behördliche Anordnung die Arbeit verboten wird. Wenn daher an gesetzlichen Feiertagen, z. B. am Karfreitag, nicht gearbeitet werden darf, so ist ein Abzug vom Wochenlohn gerechtfertigt.[4]) Desgleichen hat der Schauspieler keinen Anspruch auf Vergütung, wenn wegen Landestrauer oder bei politischen Unruhen, Epidemien oder anderen, die öffentliche Wohlfahrt schädigenden Ereignissen das Theater von der Staatsbehörde zeitweise geschlossen wird.[5])

---

[1]) Lotmar Bd. 2 S. 342 Anm. 2.

[2]) Über weitere Fälle der objektiven Unmöglichkeit vgl. GewG. Bd. 5 S. 80 (Brand einer Dampfmühle), S. 84 (Brand einer Fabrik).

[3]) vgl. v. Schulze-Schalhorn 1903 S. 194 Anm. 1.

[4]) v. Schulze-Schalhorn 1903 S. 194 Nr. 33.

[5]) Lotmar Bd. 2 S. 350 Ziff. 3.

Immer aber, wenn objektive Ereignisse die Ausführung der Arbeit hindern, ist zu untersuchen, ob wirklich eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, oder ob nur der Dienstberechtigte außerstande ist, sie anzunehmen. Denn selbst, wenn der Arbeitgeber ohne sein Verschulden in die Lage kommt, die ihm von dem Arbeiter angebotene Leistung nicht annehmen zu können, so gerät er gemäß § 293 BGB. in Annahmeverzug und der Arbeiter behält nach § 615 BGB. den Anspruch auf die Vergütung. Nur dann kommt der Gläubiger nicht in Annahmeverzug, wenn der Schuldner zu der bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken (§ 297 BGB.).[1] Unmöglich ist aber dem Arbeiter die Leistung nur dann, wenn keinerlei nach dem Dienstvertrag geschuldete Arbeit verrichtet werden kann. Ist ein Arbeiter zu Arbeiten verschiedener Art angenommen, so bedeutet die Unmöglichkeit der einen Arbeit noch nicht die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung überhaupt. Dies trifft namentlich für Landarbeiter zu. Der Knecht, dem es wegen Frostes oder Schneefalls oder Regens unmöglich ist, eine Feldarbeit zu verrichten, kann unterdes im Hause, in der Scheune oder im Stalle beschäftigt werden.

Wird nur der Gegenstand, die Stätte, das Mittel der Arbeit infolge eines zufälligen Ereignisses ungeeignet, bleibt aber die Leistung der Arbeit ihrer Art nach möglich, so liegt gleichfalls Annahmeverzug vor, sofern nicht die Leistung ausschließlich an diesem Gegenstande oder an dieser Stätte oder mit diesem Mittel geschuldet war oder Ersatz überhaupt nicht oder nur mit außerobligationsmäßiger Kraftanstrengung beschafft werden kann.[2] Die

---

[1] Wegen Landestrauer vgl. GewG. Bd. 7 S. 357.

[2] Lotmar S. 345/46.

Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob der Arbeiter nur versprochen hat, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, oder ob der Inhalt des Vertrages der ist, daß der Arbeiter Dienste in bestimmter Form, d. h. an bestimmten Sachen, in bestimmten Räumen oder mit bestimmten Mitteln schuldet. Wenn Planck (Anm. 5 zu § 616 BGB.) meint, der Auffassung des Lebens werde regelmäßig die letzte Auslegung mehr entsprechen, so kann dem in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Die gemeinrechtliche Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 3 S. 180), auf welche Planck sich beruft, betrifft den Fall, daß ein Bauernvogt seine Dienste nicht mehr leisten kann, weil durch die neuere Gesetzgebung die von den Bauernvögten früher geleisteten Dienste weggefallen sind. Hier lag in der Tat Unmöglichkeit der Leistung vor, weil die geschuldete Arbeit selbst von ihr betroffen wurde. Die Entscheidung kann daher als Stütze für die Plancksche Ansicht nicht herangezogen werden. Auch wird sich ein Erfahrungssatz, daß die von ihm vertretene Auslegung der Auffassung des Lebens entspreche, schwerlich nachweisen lassen.[1]) Die Frage kann nicht generell, sondern nur in jedem einzelnen Falle durch Auslegung des Dienstvertrages entschieden werden.[2]) Die Praxis der Gewerbegerichte neigt zu der Auffassung, daß regelmäßig der Arbeiter nach dem Dienstvertrage nur verpflichtet sei, seine Arbeitskraft dem Dienstberechtigten zur Verfügung zu stellen. So hat z. B. das Gewerbegericht Berlin[3]) entschieden, daß der Arbeiter, welcher wegen Material-

[1]) vgl. die Aufsätze von Stadthagen in GewG. Bd. 5 S. 262 f. und von Cuno, daselbst S. 265 f.; ferner Sigel S. 50 ff.; Enneccerus Bd. 1 § 280 Anm. 2; Crome Bd. 1 § 259.

[2]) Lotmar Bd. 2 S. 346 in Anm. 2 daselbst.

[3]) v. Schulze-Schalhorn S. 190 Nr. 28.

mangels feiern muß, seine Lohnbezüge behält, selbst wenn der Materialmangel durch Naturereignisse herbeigeführt worden ist.[1]) Desgleichen ist es der Ansicht, daß durch Baueinsturz veranlaßte Arbeitsunterbrechung den Arbeitgeber von der Verpflichtung zur Lohnzahlung nicht befreit.[2]) Ferner soll nach einer Entscheidung des Gewerbegerichts Hamburg (GewG. Bd. 8 S. 61 f.) der Dienstvertrag zwischen Stauer und Schauermann nicht speziell auf Löschen und Beladen eines festbestimmten Schiffes gehen, sondern die versprochene Leistung allgemein in einer „Arbeitsleistung eines Schauermannes" bestehen. Daher behält der Schauermann den Anspruch auf Lohn, auch wenn das Schiff wegen Nebels zu der für die Arbeit bestimmten Zeit in den Hafen nicht einlaufen kann.

Dagegen hat das Gewerbegericht Stettin (GewG. Bd. 5 S. 258 f.) dem Schauermann den Lohnanspruch versagt, weil eine Schiffsladung Phosphat wegen Regens nicht gelöscht werden konnte (vgl. dazu Bemerkung der Redaktion daselbst S. 260).

§ 6.

Die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit.

Das Anwendungsgebiet des § 616 BGB. wird durch das weitere Erfordernis begrenzt, daß die Verhinderung des zur Dienstleistung Verpflichteten nur eine „verhältnismäßig nicht erhebliche" Zeit bestanden hat. Das Wort „verhältnismäßig" fand sich in der entsprechenden Vorschrift des 1. Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch noch

---

[1]) vgl. auch GewG. Dresden Bd. 7 S. 93: Der Mangel an Arbeit für den Arbeiter hindert nicht Annahmeverzug des Arbeitgebers.

[2]) v. Schulze-Schalhorn S. 191 Nr. 29.

nicht. Als die 2. Kommission die Beschränkung auf dauernde Dienstverhältnisse fallen ließ, beschloß sie statt dessen, nur eine Verhinderung von „verhältnismäßig unerheblicher" Dauer zu berücksichtigen. Das Wort „verhältnismäßig" weist auf eine andere Größe hin, im Verhältnis zu welcher die Zeit der Verhinderung nicht erheblich sein darf. Das Gesetz selbst nennt diese Größe nicht. Es bestehen daher nicht unbegründete Zweifel und herrscht demzufolge auch lebhafter Streit darüber, welche Umstände den Maßstab für die Erheblichkeit oder Nichterheblichkeit der Zeit der Verhinderung hergeben sollen.[1]) Es liegt die Annahme nahe, daß der Vergleichsfaktor, an welchem die Zeit der Verhinderung hinsichtlich ihrer Erheblichkeit zu messen sei, wiederum Zeit sein müsse.[2]) Dies schwebte auch der 2. Kommission bei der Wahl des Wortes „verhältnismäßig" vor, in deren Protokollen[3]) es kurzweg heißt: „eine Verhinderung von verhältnismäßig, d. h. im Verhältnisse der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses, nicht erheblicher Dauer".[4]) Indes gibt es sehr viele Dienstverhältnisse mit unbestimmter Vertragszeit. Sodann kann bei Dienstverhältnissen von gleicher Vertragsdauer eine gleichgroße Unterzeit von Arbeit bei dem einen eine unerhebliche, bei dem anderen eine erhebliche Zeit der Verhinderung bedeuten. Beträgt z. B. die Vertragszeit einen Monat, so würde bei täglich zehnstündiger Arbeitszeit ein Ausfall von einer Stunde unerheblich sein, während er erheblich wäre, wenn wöchentlich die Arbeitszeit nur zwei Stunden, z. B. bei Dekla-

[1]) Als „ominös" bezeichnet Sigel (S. 60) das Wort „verhältnismäßig".

[2]) Lotmar Bd. 2 S. 202.

[3]) Prot. Bd. 2 S. 280.

[4]) Ebenso GewG. 6. Jahrg. S. 66 Nr. 17.

mationsunterricht, beträgt. Aus dieser Erwägung hat sich Lotmar gegen die Vertragszeit als maßgebenden Vergleichsfaktor ausgesprochen und will statt ihrer diesen allein in der Größe der Arbeitszeit finden.

Allein auch diese Ansicht erscheint nicht als richtig. Zuzugeben ist, daß damit ein „neutraler" Standpunkt eingenommen würde. Die Behinderungszeit und die Arbeitszeit würden beide Zeit, jene der Nichtarbeit, diese der Arbeit sein, und der Dienstverpflichtete würde seinen Lohnanspruch behalten, wenn die Zeit der Nichtarbeit nicht erheblich ist im Verhältnis zur Zeit der Arbeit.[1]) Aber diese Ansicht würde bei vieljähriger Dauer des Arbeitsverhältnisses zu Ungeheuerlichkeiten führen, ebenso wie sie bei erst kurzem Bestehen desselben die Wohltat des § 616 BGB. fast illusorisch machen würde.[2]) Letzteres könnte auch nicht vermieden werden, wenn die in Betracht zu ziehende Arbeitszeit sich aus der verflossenen und der künftigen zusammensetzen soll. Denn in vielen Fällen wird sich, namentlich bei Dienstverhältnissen von unbestimmter Vertragsdauer, auch nicht mit Wahrscheinlichkeit bestimmen lassen,[3]) wie groß die künftige Arbeitszeit noch sein wird. Aus diesen Gründen folgt, daß nicht die Arbeitszeit, weder die verflossene, noch die künftige, noch beide zusammen, den alleinigen Vergleichsfaktor für die Verhältnismäßigkeit der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Verhinderung abgeben kann.

Noch viel weniger können andere Zeiträume, die bei Dienstverhältnissen vorkommen und mit denen man die Zeit der Verhinderung in Vergleich gestellt hat, als

---

[1]) Lotmar Bd. 2 S. 202.
[2]) GewG. 10. Jahrg. Nr. 8 S. 193 (Eisenach).
[3]) Wie Lotmar (Bd. 2 S. 205) will.

alleiniger Maßstab der Verhältnismäßigkeit in Betracht kommen. Die Zahlungszeit als Zahlungsfrist oder Zahlungsperiode (tägliche, wöchentliche, monatliche, vierteljährliche Lohnzahlung) scheidet ohne weiteres aus, weil sie nur die Leistung des Arbeitgebers betrifft und die dafür bestimmte Frist an sich mit der Zeit des Ausfalles der von dem Arbeitnehmer geschuldeten Arbeit in keinem Zusammenhange steht. Auch der Zeit, nach welcher der Lohn bemessen wird (Stunden-, Wochenlohn, Monatsgehalt) — dem lohnmessenden Zeitabschnitt —, kommt eine wesentliche Bedeutung als Vergleichsfaktor nicht zu.[1]) Dies erhellt schon daraus, daß anderenfalls bei Stundenlohn bereits eine ausgefallene Stunde stets eine erhebliche Zeit darstellen würde, ohne Rücksicht darauf, ob täglich viele oder wöchentlich nur eine Stunde zu arbeiten wäre. Auch würde es bei Akkordlohn an einem Maßstab vollends[2]) fehlen.

Die Kündigungszeit endlich kann gleichfalls als ausschlaggebender Maßstab nicht angesehen werden. Bei vielen Dienstverhältnissen kommen Kündigungsfristen überhaupt nicht vor, sei es, daß sie auf bestimmte Zeit eingegangen oder die gesetzlichen Kündigungsfristen durch Vertrag ausgeschlossen wurden. Sodann hat die Kündigungsfrist mit der Zeit des Ausfalles der Arbeit unmittelbar nichts zu tun und steht mit ihr in keinem inneren Zusammenhang.[3]) Daher ist sie auch nicht das Maximum der unerheblichen Zeit.[4]) Der Einwand Schneiders (in Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins Bd. 33 S. 217), daß der Arbeit-

[1]) Dafür Rönnberg S. 187.

[2]) vgl. Lotmar Bd. 2 S. 203b und Anm. 2 daselbst.

[3]) Landgerichtsurteil in SozPrax. Bd. 14 S. 1069; Lotmar Bd. 2 S. 203/04.

[4]) GewG. Bd. 5 S. 217/18 (Hamburg).

geber, welcher dem Arbeitnehmer befristet kündigen konnte, nicht schlechter gestellt werden dürfe, wenn er rücksichtsvoll sein Recht nicht ausübt, übersieht, daß die Kündigung in den meisten Fällen wohl deshalb unterbleibt, weil die Fortsetzung des Dienstverhältnisses dem Interesse des Arbeitgebers entspricht.

Wenn nun gefragt wird, welches ist denn die Größe, an welcher die Verhältnismäßigkeit gemessen werden soll, so wird, da das Gesetz einen bestimmten Vergleichsfaktor nicht nennt und somit eine Einschränkung nicht gemacht hat, der ganze Inhalt des Vertrages zum Vergleich heranzuziehen sein. Die Dauer der Verhinderung und der Dienstvertrag im ganzen müssen zu einander ins Verhältnis gesetzt werden.[1]) An dem durch den Vertrag dem Arbeiter und dem Arbeitgeber gezogenen gesamten Pflichtenkreis, wie dieser sich nach den besonderen Abreden und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§ 242 BGB.) ergibt, ist zu ermessen, ob der Ausfall an geschuldeter Arbeit unerheblich ist und daher dem Arbeitgeber eine Kürzung des Lohnanspruchs des Arbeiters versagt werden muß. Der Richter hat daher in concreto alle Vergleichsfaktoren, die für die Beurteilung der Frage von Bedeutung sein können, heranzuziehen;[2]) eine für alle Fälle passende Formel[3]) des Begriffs der „verhältnismäßig unerheblichen" Zeit läßt sich nicht aufstellen. Da auf Grund des Dienstvertrages der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Vergütung für die zu leistenden Dienste schuldet und es sich infolge der persönlichen Ver-

---

[1]) GewG. Bd. 6 S. 356/57.

[2]) GewG. Bd. 7 S. 30/31 (Königsberg).

[3]) v. Frankenberg in SozPrax. Bd. 10 S. 297; Decker S. 16; GewG. Bd. 7 S. 30/31, Bd. 9 S. 295, Bd. 10 S. 163; Erdmann in GewG. Bd. 7 S. 82; Sigel S. 59.

hinderung des Arbeiters um eine teilweise Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung handelt, so wird es hauptsächlich darauf ankommen, daß der Ausfall an geschuldeter Arbeit im Verhältnisse zu der geleisteten, bezw. zu leistenden Arbeit kein erheblicher sein darf, wenn dem Dienstberechtigten zugemutet werden soll, eine Vergütung zu zahlen, obwohl dafür von dem Schuldner nichts geleistet wird. Daraus folgt dann allerdings, wie den Protokollen und Lotmar gegenüber eingeräumt werden muß, daß die Vertragsdauer und die in dieselbe fallende Arbeitszeit, wenn auch nicht der alleinige, so doch ein wesentlicher, ja sogar vielleicht der wichtigste Vergleichsfaktor sind. Im gewöhnlichen gewerblichen Arbeitsverhältnis von langjähriger Dauer wird man bei einer vierzehntägigen militärischen Übung wohl noch von einer nicht erheblichen Zeit sprechen können. War hingegen eine Arbeit für einen kurzen Zeitraum, der entweder ausdrücklich vereinbart wurde oder aus der Natur der Arbeitsleistung sich ergibt, z. B. zum Ausladen eines Kahnes mit Getreide, angenommen, so ist jede Verhinderung schwerwiegender und ein Anspruch auf Lohn für ganze ausgefallene Tage wird nicht anzuerkennen sein.

Auch die Kündigungsfrist ist zum Vergleich heranzuziehen. Denn einmal gewährt eine längere Kündigungsfrist einer längeren Arbeitszeit Raum.[1]) Sodann werden mit kurzen Kündigungsfristen gewöhnlich leicht ersetzbare, mehr mechanisch arbeitende Arbeiter angestellt, die in der Regel schon dann nicht länger im Dienst behalten werden, wenn ihre Arbeitskraft auf eine nur im Verhältnis zur Kündigungsfrist erhebliche Dauer nicht ausgenutzt werden kann. Dagegen werden mit längeren Kündigungsfristen

[1]) Lotmar Bd. 2 S. 204.

solche Bedienstete angestellt, bei denen es mehr auf geistige Fähigkeiten oder auf Charaktereigenschaften ankommt, die häufig erst mit der Länge der Zeit dem Arbeitgeber von Nutzen sein werden.[1]) Für Betriebsbeamte im Sinne des § 133 GewO. kann ein Schluß auf die Unerheblichkeit der Verhinderung auch aus dem Abs. 2 des § 133c GewO. gezogen werden. § 133c Abs. 2 GewO. bestimmt, daß den Angestellten im Sinne des § 133a, die wegen Krankheit entlassen werden, ihre Vergütung noch auf weitere sechs Wochen, vom Tage der Entlassung ab gerechnet, gewährt werden müsse. Hieraus folgert das GewG. Stuttgart,[2]) daß für den nicht entlassenen Betriebsbeamten zum mindesten der Zeitraum von sechs Wochen eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" darstellt. Stets oder doch häufig wird die Betriebsgröße, der Umfang des Geschäfts, bei der Prüfung der Erheblichkeit der Zeit zu berücksichtigen sein. Bei einem kleinen Geschäftsbetriebe, in welchem mit geringem Kapital gearbeitet wird, werden Arbeitskräfte nur angenommen, wenn wirklich Arbeiten zu liefern sind, und können die Arbeiter auch nur bezahlt werden, wenn sie Arbeit leisten. Dagegen wird bei großem Betriebe die Zahl der Arbeiter bei fallender Konjunktur und momentanem Arbeitsmangel nicht immer sofort auf die zum augenblicklichen Bedarf erforderliche Anzahl beschränkt. Daher braucht die Verhinderung eines in einem großen Betriebe Angestellten unter Umständen nicht erheblich zu sein, während dieselbe Zeit unter den gleichen Umständen bei einem kleinen Betriebe sehr erheblich genannt werden muß. Bei einem Großbetrieb muß infolge seiner größeren Leistungsfähigkeit die Grenze für die Anwendung

[1]) GewG. Bd. 7 S. 31.

[2]) GewG. Bd. 7 S. 32 Nr. 13.

des § 616 BGB. naturgemäß weiter gezogen werden als bei einem kleinen Handwerksbetrieb.[1])

Auch die Art der Arbeit, die Tätigkeit des Arbeiters im Betriebe kann von Bedeutung sein (vgl. GewG. 10. Jahrg. Nr. 8 S. 193 [Eisenach]). Immer aber wird der Richter bei der Entscheidung nicht außer acht lassen dürfen, daß der § 616 BGB. nach den Gesetzesmotiven auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität gegenüber dem Arbeiter und auf der Erwägung beruht, daß der Arbeitgeber mit verhältnismäßig geringfügigen Verhinderungen des Arbeiters als selbstverständlich rechnen müsse. Aus diesem gesetzgeberischen Gedanken und dem Zwecke des § 616 folgt, daß eine größere Belastung des Dienstberechtigten selbstverständlich ist und dem Willen des Gesetzgebers entspricht.[2]) Daher ist bei Bewertung von Umständen für die Entscheidung der Frage der Erheblichkeit im Zweifel das Interesse des Dienstberechtigten an der Leistung der Arbeit dem Interesse des Dienstverpflichteten an der Vergütung trotz Verhinderung hintanzustellen. Aus diesem Gesichtspunkte wird nur unter besonderen Umständen die Dringlichkeit der Arbeit oder der konkrete Geschäftszweck für die Erheblichkeit der Verhinderungsdauer ins Gewicht fallen, da sonst entgegen der Absicht des Gesetzes einseitig der Arbeitgeberstandpunkt eingenommen werden würde.[3])

---

[1]) v. Blume im Recht 1902 Bd. 6 S. 8; Sigel S. 62; Burchardt, Rechtsverhältnisse des gewerblichen Arbeitsvertrages S. 44; ebenso GewG. Königsberg und GewG. Hamburg in GewG. Bd. 7 S. 30—32; vgl. aber auch Lotmar Bd. 2 S. 202; Thießen in GewG. Bd. 7 S. 82; Bonn S. 20.

[2]) GewG. Bd. 7 S. 32.

[3]) Dernburg Bd. 2 § 305 III; Planck 2bγ zu § 616; Lotmar Bd. 2 S. 202 Anm. 2; vgl. dagegen Staudinger III, 3 und Oertmann 1d zu § 616; Crome, System Bd. 2 § 259 N. 24.

Aus demselben Grunde ist regelmäßig ohne Einfluß auf die Erheblichkeit, daß der Arbeitgeber einen Ersatzmann gedungen hat. Selbst wenn dies notwendig ist, kann die Zeit der Versäumnis eine unerhebliche sein, wie umgekehrt bei erheblicher Zeit ein Ersatzmann überflüssig sein kann.[1]) Wollte man der Stellung eines Ersatzmannes große Bedeutung beilegen, so würde das leicht den Arbeitgeber anstacheln, sich Ersatz auf Kosten des verhinderten Arbeiters, der den Lohn einbüßen würde, zu verschaffen.[2])

So wünschenswert es auch wäre, wenn sich ein fester Maßstab für die Bestimmung der verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit finden ließe, so ist dies doch schwerlich möglich. Es muß hier Entsprechendes gelten, was bereits die Motive zu der Vorschrift in ihrer ursprünglichen Fassung gesagt haben: „Die Zeit, welche als nicht erheblich zu gelten hat, näher zu bestimmen, ist wegen der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Dienstverhältnisse unausführbar; in dieser Beziehung kann auch ohne Gefahr die Entscheidung dem Richter überlassen werden".

§ 7.

Unverschuldete Verhinderung.

Ein weiteres Erfordernis des § 616 BGB. ist, daß die Verhinderung des Dienstverpflichteten an der Arbeitsleistung ohne sein Verschulden eingetreten ist. Wann ein Verschulden des Arbeitnehmers vorliegt, bestimmt sich

---

[1]) Rönnberg S. 188; GewG. Bd. 8 S. 268 (Ludwigsburg); Lotmar Bd. 2 S. 202 Anm. 2; vgl. aber dagegen Staudinger III, 3; Planck 2bγ zu § 616 BGB.; Stadthagen, Arbeiterrecht S. 160.

[2]) vgl. Waltz, Orchestermusiker S. 102; Lotmar Bd. 2 S. 202 Anm. 2.

nach § 276 BGB. Danach hat der Schuldner regelmäßig Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, und fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Nach dem Wortlaut des § 616 muß die Schuld, welche dessen Anwendung ausschließt, in einem Kausalzusammenhang mit der Verhinderung bestehen (es heißt: „ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert sein"). Erhebliches Verschulden liegt daher dann vor, wenn der Arbeiter vorsätzlich oder durch Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Verhinderung an der Dienstleistung herbeigeführt hat. Die Nichtleistung der geschuldeten Arbeit also muß nach dem § 616 eine unverschuldete sein. Daher ist es unerheblich, ob der Hinderungsgrund an und für sich, d. h. abgesehen von seiner Beziehung zur Arbeitspflicht, vom Standpunkt des Rechts oder der Sitte, tadelhaft oder tadelsfrei ist,[1]) und es läßt sich nicht allgemein sagen, daß ein Teil von Hindernissen, wie z. B. Krankheit, Schöffendienst, Militärdienst, stets zur unverschuldeten, ein anderer Teil, wie z. B. außereheliche Schwangerschaft, geschlechtliche Infektion, stets zu einer verschuldeten Verhinderung führen müßte. Es ist deshalb nicht ganz zutreffend, wenn Oertmann[2]) bemerkt, daß als Verschulden auch eine sittliche Schuld zu gelten habe. Andererseits wiederum ist es geradezu unrichtig und auf einer Verkennung der sittlichen Anschauungen der Mehrheit des Volkes beruhend, wenn Bonn (a. a. O. S. 18) behauptet, die Annahme des außerehelichen Geschlechtsverkehrs als culpa beruhe auf einer ungenügenden Kenntnis der sozialen Verhältnisse der

---

[1]) Lotmar Bd. 2 S. 180/81.

[2]) Anm. 1c zu § 616; vgl. auch Staudinger Anm. III ab zu § 616.

Gegenwart in ihrer wirklichen Sachlage.[1]) Doch das trifft den Kern der Frage nicht, denn es kommt nicht darauf an, daß der Dienstverpflichtete den Hinderungsgrund, z. B. die Schwangerschaft, Krankheit, Abwesenheit usw., schuldhaft herbeigeführt, sondern darauf, daß er dadurch schuldhaft die Arbeitsleistung verhindert hat.[2]) Von diesem Gesichtspunkt betrachtet, wird auch bei überseeischen Verhältnissen eine geschlechtliche Erkrankung regelmäßig als eine selbstverschuldete Verhinderung zu erachten sein (so OLG. Bd. 24 S. 376 [Hamburg]).[3])

Streitig ist, ob der § 278 BGB. Anwendung findet, ob also der Dienstverpflichtete ein Verschulden eines Gehilfen zu vertreten habe. Oertmann verneint diese Frage unter Berufung auf den Wortlaut des § 616 BGB. („ohne sein Verschulden"). Demgegenüber wendet Decker ein, daß nach § 278 BGB. Verschulden eines Gehilfen als eigenes Verschulden zu gelten habe. Gleichwohl wird man Oertmanns Ansicht den Vorzug geben müssen, weil das Gesetz, wo es jemanden für fremdes Verschulden haften lassen will, in Zweifelsfällen auf den § 278 BGB. verweist (vgl. die §§ 254 Abs. 2, 351, 664, 691).[4]) Eine solche Verweisung fehlt im § 616. Sie wäre aber notwendig gewesen, sollte der § 278 BGB. Anwendung finden. Denn aus dem § 278 BGB. allein folgt noch nicht, daß der Arbeitnehmer eine von einem Gehilfen verschuldete Verhinderung zu vertreten habe. Nach dem Zusammen-

---

[1]) vgl. v. Frankenberg a. a. O.; Decker S. 16; Staudinger III, 2b zu § 616.

[2]) Lotmar Bd. 2 S. 180/81; Crome, System Bd. 2 § 59 Anm. 23; Titze, Unmöglichkeit S. 293.

[3]) vgl. auch über außereheliche Erkrankung als Verschulden: Wurfer in ZZP. Bd. 43 S. 38 ff.

[4]) So Lotmar Bd. 2 S. 180 Anm. 1.

hang nämlich, in welchem der § 278 BGB. steht, bezieht sich die Vorschrift nur auf dasjenige Verschulden Dritter, welches diese unmittelbar bei der Erfüllung der Verbindlichkeit, also bei ihrer Teilnahme bei der Erfüllung trifft[1].) Der § 278 BGB. kann daher nicht Anwendung finden. Somit schließt nur persönliches Verschulden des Arbeitnehmers seinen Lohnanspruch bei unerheblicher persönlicher Verhinderung aus. Beruht dagegen die persönliche Verhinderung auf einer andern Ursache, so ist sie im Sinne des § 616 BGB. eine zufällige. Dies bedarf jedoch einer wichtigen Einschränkung. Ist der Arbeitnehmer durch Verschulden des Arbeitgebers an der Dienstleistung verhindert worden, so findet nicht der § 616, sondern der § 324 Abs. 1 BGB. Anwendung. Der Arbeitnehmer behält daher seinen Lohnanspruch, auch wenn die Verhinderung länger als eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit gedauert hat. Auch braucht er sich nicht Krankengeld abziehen zu lassen, denn dies bestimmt nur der § 616 Abs. 2, nicht aber der § 324 BGB.

[1]) Lotmar Bd. 2 S. 179.

C. Schlußbemerkung.

§ 8.

Der Anspruch auf die Vergütung und die Anrechnung darauf.

Unter den im § 616 BGB. normierten Voraussetzungen behält der Dienstverpflichtete den Anspruch auf die Vergütung für die Zeit der Verhinderung. Bei Zeitlohn ist dies pro rata temporis, bei Akkordlohn nach dem Durchschnittsverdienst zu berechnen.[1]) Die Vergütung, welche der Arbeitnehmer verlangen kann, schließt die Naturalvergütung in sich, z. B. kann einem vom Gericht vorgeladenen Kellner nicht deshalb, weil er zu arbeiten außerstande ist, das Essen vorenthalten werden.[2]) Ist freilich der Arbeitnehmer zugleich an der Entgegennahme der Naturalvergütung verhindert, so wird der Arbeitgeber infolge unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung frei (§ 275 BGB.),[3]) und er braucht sie (z. B. Kost) dem Arbeitnehmer weder nachzuliefern, noch letzteren verhältnismäßig in Geld zu entschädigen.[4]) Nur wenn die Naturalien in Anrechnung auf den Geldlohn geliefert werden

---

[1]) vgl. oben S. 19.

[2]) v. Frankenberg, Stellung des Arbeiters nach BGB. S. 23.

[3]) vgl. Titze, Unmöglichkeit S. 294; Planck Anm. 4 zu § 616 BGB.; Lotmar Bd. 2 S. 205/06.

[4]) Unrichtig GewG. Bd. 10 S. 142 f.

(z. B. für diejenigen Gesellen, welche auf ihren Wunsch Kost und Logis im Hause des Meisters erhalten, werden hierfür 12 Mk. pro Woche in Abzug gebracht),[1]) ist im Falle der Verhinderung der volle unverkürzte Geldlohn zu bezahlen.

Nach § 616 Satz 2 BGB. muß sich der Dienstverpflichtete auf die Vergütung den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

Entsprechendes, meint Dernburg,[2]) sei für dasjenige anzunehmen, was der Verpflichtete infolge des die Hinderung veranlassenden Ereignisses verdient habe. Aber eine derartige entsprechende Erstreckung läßt sich bei dem klaren Wortlaut des § 616 weder aus Billigkeitsrücksichten rechtfertigen,[3]) noch aus § 324, den Bonn anzieht,[4]) herleiten, weil § 324 BGB. keinen dem § 616 BGB. analogen Fall betrifft.[5]) Es ist daher anzunehmen, daß die Anrechnung auf die im § 616 Satz 2 angeführten Beträge beschränkt ist.[6]) Nicht abzugsfähig sind somit die Kranken- und Unfallgelder, die nicht auf gesetzlicher Verpflichtung beruhen, die Entschädigung für Zeitversäumnis, die dem Arbeiter als obsiegender Partei oder als Beisitzer im gerichtlichen Verfahren, ferner Zeugen- und Sachverständigengebühren, der Satz von Arbeitsverdienst, der für

---

[1]) vgl. Lotmar Bd. 2 S. 206 Anm. 5.

[2]) Bd. 2 § 305 III d.

[3]) So v. Blume im Recht 1902 Bd. 6 S. 8.

[4]) Bonn S. 35 ff.

[5]) vgl. Lotmar Bd. 2 S. 210 Anm. 4 und S. 214 Anm. V.

[6]) Oertmann, Planck, Staudinger zu § 616; Endemann, Lehrb. Bd. 1 § 174 Ziff. 28; Sinzheimer S. 45 und Entsch. der Gewerbegerichte daselbst.

die Teilnehmer an einem Schiedsgericht gewährt wird, die dem Soldaten und die der Familie des Arbeiters während einer Einberufung gewährte Unterstützung. Auch mittelbar läßt sich eine Anrechnung auf Grund des § 281 BGB. nicht herbeiführen.[1]) Denn die genannten Bezüge stellen keinen Ersatz des geschuldeten Gegenstandes dar, dessen Leistung unmöglich geworden ist.[2])

[1]) So Lotmar Bd. 2 S. 215.

[2]) Eine eingehendere Erörterung der Frage geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Vgl. über die Rechtsprechung dazu JDR. Bd. 1 S. 386 Nr. 6, 387 Nr. 7, Bd. 2 S. 346 Nr. 28, Bd. 3 S. 255 Nr. 5.

D. Anhang.[1])

A. Vorschrift der **Königlichen Eisenbahndirektion** zu Berlin (Auskunft):

„Den auf Privatdienstvertrag angenommenen technischen Bediensteten kann bei Erkrankungen und militärischen Pflichtübungen die Vergütung bis zu sechs Wochen unter Anrechnung etwaiger Bezüge an Krankengeld weitergewährt werden.

Bei den im Arbeiterverhältnis beschäftigten Bediensteten tritt bei unverschuldeten Dienstbehinderungen (Teilnahme an Kontrollversammlungen, Aushebungen und Musterungen, bei Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten [Schöffen- und Geschworenendienst] u. a. m.) eine Lohnkürzung nicht ein. Arbeiter, die mindestens ein Jahr ununterbrochen im Dienste der Eisenbahnverwaltung beschäftigt sind, erhalten bei militärischen Übungen bis zu 14 Tagen $^2/_3$ des Arbeitsverdienstes, wenn sie verheiratet oder überwiegend Ernährer von Familienangehörigen sind. Bei Arbeitsversäumnis wegen dringender persönlicher Angelegenheiten (Anzeigen beim Standesamt, Eheschließung des Arbeiters, Umzüge am Wohnorte oder nach anderen Orten u. a. m.) kann ihnen der Verdienst belassen werden. In Krankheitsfällen wird kein Lohn gewährt; doch können die Arbeiter durch Beitritt zu einer von der Eisenbahnverwaltung eingerichteten Versicherung Krankengeld bis zur vollen Höhe des Lohneinkommens erhalten".

B. Der Vorschrift zu A Entsprechendes gilt für die **Kaiserliche Oberpostdirektion** zu Berlin (Auskunft).

C. Vorschrift der **Stadtgemeinde Düsseldorf** (Magistratsverfügung):

Die Handhabung oder Ausschließung des § 616 BGB.

I. 2013. Düsseldorf, den 3. November 1911.

I. Unter Aufhebung der Verfügung vom 9. Oktober 1907 I. 712 wird über die Handhabung oder Ausschließung des

[1]) vgl. oben S. 15 Anm. 4.

§ 616 BGB. hiermit, soweit nicht in etwaigen mit den betreffenden Personen bisher abgeschlossenen Dienstverträgen abweichende Bestimmungen getroffen sind, folgendes bestimmt:

1. Den im Dienste der Stadt Düsseldorf ohne Beamteneigenschaft angestellten oder zur Arbeit angenommenen Personen, welche ihre Vergütung (Gehalt usw.) oder ihren Lohn in jährlichen, monatlichen oder halbmonatlichen festen Sätzen beziehen, ist, falls sie für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in ihrer Person liegenden Grund ohne ihr Verschulden an der Dienstleistung verhindert werden, die Vergütung oder der Lohn nach folgenden Grundsätzen weiter zu zahlen:

Im Falle der Erkrankung erfolgt die Fortzahlung der Vergütung oder des Lohnes allgemein bis auf die Dauer von sechs Wochen.

Unter besonderen Umständen können die Herren Dezernenten die Fortzahlung der Vergütung oder des Lohnes bis auf drei weitere Monate verlängern. Angestellte usw., welche mindestens zehn Jahre ununterbrochen im Dienste der Stadt stehen oder das 35. Lebensjahr vollendet haben, erhalten diese Vergünstigung ohne weiteres.

Nach Ablauf dieser Fristen werden von der Vergütung oder dem Lohn bis auf die Dauer eines vom Tage der Erkrankung ab berechneten Jahres 75 % gezahlt. Ist die Vergütung oder der Lohn nicht mit Monats- oder Halbmonatsbeträgen, sondern mit einem Jahresbetrage festgesetzt, so ist für die Berechnung der fortzuzahlenden Vergütung usw. der zwölfte Teil des Jahresbetrages und der Monat zu 30 Tagen gerechnet zugrunde zu legen.

In allen Fällen kommen jedoch die Beträge in Abzug, die dem Erkrankten für die Dauer der Fortzahlung des Lohnes oder der Vergütung etwa aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zustehen (Krankengeld, Unfallrente usw.), und ferner etwaige sonstige Bezüge, zu denen auch die Beträge zu rechnen sind, die dem Erkrankten aus einer etwaigen freiwilligen Krankenversicherung zufließen, zu der die Stadt vergünstigungsweise die Hälfte der Beiträge leistet.

Im Falle sonstiger vorübergehender Verhinderung, z. B. bei Zeugenvernehmung vor Gericht oder

Polizei, bei Ausübung eines Ehrenamtes, etwa als Beisitzer des Gewerbegerichts, bei Beiwohnung der Kontrollversammlungen, bei Beerdigung naher Angehöriger u. dergl. wird die Vergütung oder der Lohn weitergezahlt, sofern entsprechender Urlaub nachgesucht und erteilt worden ist.

Bei militärischen Dienstleistungen wird die Vergütung oder der Lohn unverkürzt fortgezahlt.

2. Auf alle übrigen der Stadt Düsseldorf ohne Beamteneigenschaft angestellten oder zur Arbeit angenommenen Personen finden die Bestimmungen unter I keine Anwendung. Ihnen ist daher, falls sie für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in ihrer Person liegenden Grund ohne ihr Verschulden an der Dienstleistung verhindert werden, der Lohn nicht fortzuzahlen, auch dann nicht, wenn die Versäumnis entschuldbar und nicht von erheblicher Dauer ist.

Der Leiter des Betriebes oder des Dienstzweiges kann jedoch die Fortzahlung des Lohnes auf die Dauer einer Woche nach den unter Ziffer 1 aufgestellten Grundsätzen gestatten, wobei das Krankengeld in solchen Fällen, in welchen der Lohn nach Arbeitstagen gezahlt wird, nur mit den auf die Arbeitstage entfallenden Beträgen in Abzug gebracht wird.

3. Insoweit durch die Handhabung der Bestimmungen unter 1 und 2 sich Härten zeigen und in besonderen Notfällen die Bewilligung einer weiteren Unterstützung angezeigt erscheint, ist uns Vorlage zu machen.

II. In den Arbeitsordnungen für die städtischen Betriebe und in den sonstigen Annahmebedingungen für städtische Angestellte oder Arbeiter usw. ist, sofern dies nicht schon geschehen ist, der Ausschluß des § 616 BGB. vorzusehen, und zwar in der Form, daß für diejenige Zeit, in der ein Angestellter oder Arbeiter durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Arbeit verhindert worden ist, derselbe Vergütung oder Lohn nicht beanspruchen kann, auch dann nicht, wenn die Versäumnis entschuldbar und nicht von erheblicher Dauer ist.

D. Vorschrift der **Stadtgemeinde Hannover** (Auskunft):

Für die Zahlung von Löhnen an städtische Arbeiter gemäß den Bestimmungen des § 616 BGB. sind folgende Grundsätze aufgestellt:

„Im Falle der Erkrankung von Arbeitern, welche im Tagelohn stehen, ist für die ersten drei Tage der Erkrankung der volle Lohn zu zahlen; bei längerer Erkrankung ist Arbeitern, welche noch nicht ein Jahr beschäftigt waren, für weitere sechs Tage, sofern sie länger beschäftigt waren, für weitere zwölf Tage 90 % ihres Lohnes abzüglich des Krankengeldes zu zahlen; den im Monatslohn stehenden Personen ist der Lohn bis zur Dauer der Erkrankung von zwei Wochen voll zu zahlen, worauf jedoch das Krankengeld in Absatz kommt.

Militärische Dienstleistungen, welche nicht länger als zwei Wochen dauern, sind allgemein als eine ‚verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit' im Sinne des § 616 BGB. anzusehen".

Für alle anderen städtischen Angestellten, mit Ausnahme der städtischen Beamten, ist folgendes bestimmt:

„Als ein nicht in der Person liegender Grund der Verhinderung zur Dienstleistung sind neben Krankheiten namentlich militärische Dienstleistungen anzusehen. Ob die Verhinderung als ‚für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit' bestehend anzunehmen ist, muß der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen werden. Zweifel über die Auslegung des § 616 BGB. sind dem Magistrate zur Entscheidung vorzulegen".

E. Vorschrift der **Stadtgemeinde Frankfurt a. M.** (Regulativ):

I. Für den Fall der Verhinderung an der Versehung des Dienstes durch nachweisbar unverschuldete Krankheiten oder Unfälle gelten die folgenden Bestimmungen:

Allen auf Monatsgebühr, sowie denjenigen auf Taggebühr Angenommenen, welche sich mindestens ein Jahr lang ununterbrochen im städtischen Dienst befinden, wird im Laufe eines Etatsjahres längstens für die Dauer von sechs Monaten

a) wenn sie Leistungen einer Krankenkasse oder Berufsgenossenschaft oder Invalidenrente nicht anzusprechen haben, die volle Monats- bezw. Taggebühr,

b) wenn sie Anspruch auf eine Krankenkasse, Berufsgenossenschaft usw. haben, ein solcher Teil der Monats- bezw. Taggebühr

fortgezahlt, daß ihnen zusammen mit den Leistungen der Krankenkasse, Berufsgenossenschaft usw. ein ihren regelmäßigen Bezügen gleichkommender Betrag zuteil wird. Haben sie für eine Familie nicht zu sorgen, so fällt die Zahlung im Falle der Hospital-Einweisung weg.

II. Während der Zeit der Einberufung zu militärischen Friedensübungen, worunter auch die Einberufung für die zweite und die dritte Übung der Ersatzreserve gehört, wird allen auf Monatsgebühr, sowie denjenigen auf Taggebühr Angenommenen, welche sich mindestens ein Jahr lang ununterbrochen im städtischen Dienste befinden, im Laufe eines Rechnungsjahres längstens auf die Dauer von drei Monaten die Monats- bezw. Taggebühr weitergezahlt, hiervon jedoch derjenige Unterstützungsbetrag in Abzug gebracht, welchen deren Familien auf Grund der Bestimmungen des Reichsgesetzes betr. die Unterstützung von Familien der zu Friedensübungen einberufenen Mannschaften vom 10. 5. 1892 (RGBl. S. 661) anzusprechen berechtigt sind.

Wegen Feststellung der hiernach an der Gebührenzahlung in Abzug kommenden Unterstützung haben die Amtsstellen sich mit der städtischen Militärkommission unter Benutzung des vorgeschriebenen Formulars ins Benehmen zu setzen.

III. In Fällen vorübergehender Behinderung durch Teilnahme an Kontrollversammlungen, Aushebungen und Musterungen, oder infolge Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten (Wahrnehmung von Terminen als Zeuge, Vormund, Pfleger, Teilnahme an Reichstags-, Landtags- und Kommunalwahlen usw.) werden den Dienstverpflichteten die Gebühren für die Dauer der notwendigen Abwesenheit weiter gewährt; die ihnen für Zeitverlust anderweit zustehenden Entschädigungen werden angerechnet.

Im Falle einer durch sonstige triftige Gründe gerechtfertigten Verhinderung an der Versehung des Dienstes (Urlaub) kann auf schriftliche Verfügung des Amtsvorstandes die Monats- bezw. Taggebühr

a) allen auf Monatsgebühr, sowie denjenigen auf Taggebühr Angenommenen, welche sich mindestens ein Jahr lang ununterbrochen im städtischen Dienst befinden, im Laufe eines Rechnungsjahres für längstens acht Tage,

b) denjenigen auf Monats- oder auf Taggebühr Angenommenen, welche sich mindestens drei Jahre lang ununterbrochen im

städtischen Dienst befinden, im Laufe eines Rechnungsjahres für längstens 14 Tage fortgezahlt werden.

c) Zu einer längeren als der vorstehend unter a und b zugelassenen Fortzahlung der Tag- oder Monatsgebühr bedarf es in jedem Falle der Genehmigung des Magistrats.

F. Vorschrift der **Stadtgemeinde Berlin** (Magistratsverfügung):

Bezüglich der Zuwendungen an Arbeiter und Bedienstete der Stadtgemeinde in Krankheits- und Beurlaubungsfällen sind von uns unterm 25. Oktober 1901 und 12. Februar 1902 Bestimmungen erlassen worden, welche auf Wunsch der Stadtverordnetenversammlung in einigen Punkten abgeändert worden sind und nunmehr nachstehende Fassung erhalten haben. Dieselben sind unbeschadet der Bestimmungen der Urlaubsordnung vom 4. Juli 1902 für die Folge anzuwenden:

1. Die Rechtswirkung des § 616 BGB., der kein zwingendes, sondern nachgiebiges Recht bildet, ist durch die Arbeitsordnung oder sonstigen Dienstvertrag auszuschließen.
2. In Fällen unverschuldeter Krankheit ist der Lohn stets nur nach Abzug des Krankengeldes und in der Regel nicht länger als vier Wochen zu gewähren. Falls der Arbeiter länger als ein Jahr im städtischen Dienst sich befindet, ist der Lohn mindestens für einen Zeitraum von sechs Wochen zu gewähren.
3. In Fällen der militärischen Einziehung zu den 12 bis 14 Tagen währenden Landwehrübungen ist der Lohn unverheirateten Arbeitern unverkürzt fortzuzahlen. Verheiratete Reservisten, welche über zwei Jahre im städtischen Dienste stehen, erhalten bei längeren Friedensübungen während vier Wochen die Hälfte ihres Lohnes.
4. In allen anderen Fällen bleibt es der zuständigen Verwaltungsabteilung überlassen, für eine nicht erhebliche Zeit der Dienstversäumnis den Lohn oder das Entgelt fortzuzahlen.
5. Bei denjenigen Bediensteten, welche neben dem Lohn noch Kost und Logis erhalten, wie Wärter und Wärterinnen in Kranken- und Irren- usw. Anstalten, Hausdiener, Köchinnen usw., bewendet es in allen Krankheits- und Urlaubsfällen bei den zurzeit in Übung befindlichen Grundsätzen.

G. Vorschrift der **Stadtgemeinde Leipzig** (Bestimmungen):

§ 1.

Der Lohn wird — unbeschadet der Vorschriften in den folgenden §§ 2—6 — nur für die geleistete Arbeitszeit bezahlt. Die Bestimmung des § 616 BGB. findet keine Anwendung.

§ 2.

Arbeiter, die durch Gründe, die in ihrer Person liegen, an der Dienstleistung verhindert werden, können den Lohn fortgewährt erhalten, soweit die Verhinderung unverschuldet ist und bei Tage- und Stundenlöhnern nicht über einen Tag, bei Schicht- und Wochenlöhnern nicht über zwei Tage dauert.

Sie müssen sich jedoch jedenfalls den Betrag anrechnen lassen, den sie für die Zeit der Behinderung aus irgendeinem Rechtsgrunde erhalten.

Behinderungen, während deren der Lohn fortgezahlt werden kann, sind beispielsweise in der Regel:

a) Teilnahme an Kontrollversammlungen;
b) die Besorgung eigener Angelegenheiten bei Behörden oder öffentlichen Beamten, wenn sie nur persönlich und während der Arbeitszeit möglich ist;
c) die Beteiligung an Wahlen in öffentlichen Angelegenheiten, wenn sie in der von den Verwaltungsabteilungen hierzu freigegebenen Zeit erfolgt;
d) die Ausübung öffentlicher Ehrenämter, die, falls keine gesetzlichen Ablehnungsgründe vorliegen, angenommen werden müssen;
e) die mit der Führung der Geschäfte eines Vormundes oder eines Pflegers verbundenen und außer der Arbeitszeit nicht zu erledigenden Geschäfte;
f) Erkrankungen der Arbeiter;
g) plötzliche schwere Erkrankungen in der Familie der Arbeiter;
h) besondere Ereignisse in der Familie und unter den nächsten Angehörigen der Arbeiter (Geburten, Hochzeiten und Sterbefälle, sowie Wohnungswechsel);
i) Behinderungen durch ähnliche Angelegenheiten wie die unter a—h aufgeführten.

Bei Arbeitsversäumnis infolge von Ladungen als Zeuge, sachverständiger Zeuge oder Sachverständiger wird der Lohn in der Regel nicht fortgewährt.

Wird infolge Todesfalls in der engeren Familie eine weitere Reise notwendig, so kann der Lohn während einer Abwesenheit bis zu drei Tagen fortgewährt werden.

§ 3.

Die Fortgewährung des Lohnes ist nur zulässig, wenn die Arbeiter unverzüglich ihre Verhinderung den Verwaltungsabteilungen glaubhaft anzeigen und um Urlaub nachsuchen.

Sie erfolgt innerhalb der in § 2 angegebenen Grenzen nur für die Zeit, während deren das Fernbleiben unbedingt notwendig gewesen ist.

§ 4.

Die Entschließung über die Fortgewährung des Lohnes steht regelmäßig den Vorständen der Verwaltungsabteilungen zu.

In Zweifelsfällen ist die Entscheidung des Dezernenten einzuholen.

Bei längerer Unterbrechung der Arbeit, als in § 2 vorgesehen ist, ist vom Rate (Personalamt) Entschließung zu fassen.

§ 5.

Werden Arbeiter durch Gründe, die nicht in ihrer Person, sondern bei den Verwaltungsabteilungen oder außerhalb der Arbeitsvertragsparteien liegen, an der Dienstleistung verhindert, so ist über die Fortgewährung des Lohnes von Fall zu Fall zu entscheiden.

Bei Behinderungen bis zu drei Tagen entscheidet hierüber der Dezernent, bei längeren Behinderungen die Deputation für Personalsachen.

§ 6.

Die Bestimmungen über die Lohngewährung an städtische Arbeiter in Erkrankungsfällen vom 1. Oktober 1900 und während militärischer Übungen vom 3. Dezember 1904 und 30. Januar 1905 bleiben in Kraft.

In Krankheitsfällen, die nicht über die Frist in § 2 Abs. 1 währen, finden jedoch die gegenwärtigen Bestimmungen Anwendung.

H. Vorschrift der **Stadt München** (Arbeitsordnung):

Einberufung zu Friedensübungen.

Werden Arbeiter mit eigenem Haushalt, die mindestens zwei Jahre fortdauernd in städtischen Betrieben beschäftigt sind, zu

militärischen Friedensübungen einberufen, so wird ihren Familien die reichsgesetzliche Unterstützung auf den zuletzt bezogenen Lohn ergänzt, falls der Arbeiter nach Beendigung der Übung das Arbeitsverhältnis mit der Stadtgemeinde fortzusetzen bereit ist.

Arbeitern ohne eigenen Haushalt wird unter den gleichen Voraussetzungen für die Zeit der Einberufung die Hälfte des zuletzt bezogenen Lohnes gewährt.

Krankenunterstützung.

Werden Arbeiter oder Arbeiterinnen infolge Krankheit erwerbsunfähig, so erhalten sie nach mindestens einjähriger fortdauernder Dienstzeit den vollen Lohn bis zur Dauer von einem Monat, nach zweijähriger Dienstzeit bis zur Dauer von zwei Monaten, nach dreijähriger Dienstzeit bis zur Dauer von drei Monaten, nach vierjähriger Dienstzeit bis zur Dauer von vier Monaten, nach fünfjähriger Dienstzeit bis zur Dauer von fünf Monaten, nach sechsjähriger Dienstzeit bis zur Dauer von sechs Monaten fortbezahlt.

An jenen Tagen, für welche ein Anspruch auf Krankengeld nach dem Krankenkassenstatut zusteht, wird nur der halbe Tagelohn gewährt.

Arbeiter, welche auf Kosten der Krankenkasse in einem Krankenhause untergebracht sind, erhalten den halben Tagelohn, wenn sie Angehörige haben, deren Unterhalt sie bisher aus ihrem Arbeitsverdienst bestritten haben; haben sie solche Angehörige nicht, so erhalten sie nur $^1/_4$ des Tagelohnes.

Die Arbeitsunfähigkeit ist durch ein Zeugnis des behandelnden Arztes oder der Krankenkasse nachzuweisen.

Unverschuldete Unterbrechungen der Arbeit.

Arbeiter und Arbeiterinnen, die nicht bloß vorübergehend in städtischen Betrieben beschäftigt sind, erhalten, wenn sie zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht (z. B. öffentliche Wahlen, Teilnahme an Sitzungen, Aushebung, Musterung, Kontrollversammlung, Vorladung zu Behörden und ärztlichen Untersuchungen, die von Behörden und Krankenkassen angeordnet sind) oder aus sonstigen triftigen Gründen (z. B. Trauerfälle, Erkrankungen oder Notfälle in der Familie, offizielle Teilnahme an Beerdigungen, Ausrücken als Feuerwehrmann bei Bränden, Unglücksfällen und Übungen) ohne ihr Verschulden die Arbeit unterbrechen müssen,

ihren Lohn ohne Abzug, jedoch höchstens für einen halben Tag, weiterbezahlt. Arbeitern, welche zum Schöffen- oder Geschwornendienst herangezogen werden, darf für die hierdurch versäumte Zeit kein Abzug gemacht werden.

Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß dem Vorgesetzten, wenn irgend möglich, rechtzeitig vor der Versäumnis von dem Anlaß derselben Kenntnis gegeben und die Unterbrechung auf das unbedingt Nötige beschränkt wird.

Soferne dem Arbeiter für den Zeitverlust anderweit Entschädigung zusteht, unterbleibt die Fortzahlung des Lohnes.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.